Direito Penal

Estudos de Direito

Tobias Barreto

História do Direito Brasileiro

5

Direito Penal
Estudos de Direito
Tobias Barreto
Obra fac-similar
Prefácio de
José Arnaldo da Fonseca
História do Direito Brasileiro
Brasília
Janeiro/2004

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA
Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT
Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA
Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e loucos em Direito Criminal

Barreto, Tobias, 1839-1889.
Estudos de Direito / Tobias Barreto ; prefácio de José Arnaldo da Fonseca. – Ed. fac-similar. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
504 p. – (História do Direito brasileiro. Direito Penal ; v. 5)

1. Direito, coletânea. 2. Direito, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 340

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse "o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar". Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas*, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.
- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas "para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante". Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.
- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que "Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar".
- *Direitos de Família* e *Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, "Subi montado em dois livrinhos de direito". São esses "livrinhos" que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.
- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.
- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.
- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.
- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.
- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brazileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

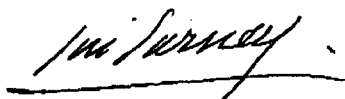
Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:
- *Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.
- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.
- *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal* e *Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada "Escola do Recife", que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.
- *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como "obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional" (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. "Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio" (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco "nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX".
- *Codigo Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.
- *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.
- *Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des evénéments, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."

Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.

Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal

Prefácio

De início, cabe louvar a feliz iniciativa do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, e do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Nilson Naves, de celebrarem convênio, em nome dessas instituições, para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que integrarão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro.*

Aliás, ressalte-se que, em 1989, Presidente da República o Dr. José Sarney, foi editada pelo Instituto Nacional do Livro a obra de Tobias Barreto em comemoração do sesquicentenário do seu nascimento e centenário da sua morte, sob os auspícios do Ministério da Educação e Cultura, titular o Dr. José Aparecido de Oliveira.

Supinamente honroso o convite para redigir esta nota introdutória aos *Estudos de Direito*, do gênio Tobias Barreto de Meneses. Faço-o de maneira breve e linear não só por haver exigüidade de espaço, mas também por não poder, à míngua de ciência e arte, imergir nessa obra com pretensão de defesa justa da sua memória.

Fiquemos, assim, no esboço.

Formado em ciências jurídicas e sociais em 1869, Tobias Barreto leciona, durante anos, em Recife, Latim, Retórica, Francês, Filosofia e Matemática Elementar e passa a residir em Escada, interior de Pernambuco. Ali, exerce a advocacia e dedica-se, como autodidata, à língua alemã e a outros estudos. Abre-se-lhe, então, ensejo à crítica ao ensino do direito e ao aprofundamento de temas para a sua renovação. Mantém contato com pensadores alemães, e começam a brotar idéias novas tendentes a modificar as instituições políticas e a mitigar o estado de penúria moral e desigualdades sociais.

Em 1879, há mais de um século, portanto, deputado provinçal de Pernambuco, levanta na Assembléia a questão sobre a emancipação da mulher, civil e social. Submete-se, em 1882, ao concurso para professor da Academia de Direito do Recife, o qual veio a se tornar célebre porque ele, contendendo com o candidato Seabra, expõe idéias revolucionárias e redentoras, tão ao agrado dos jovens universitários, inaugu-

rando, como depois se assinalou, uma nova época na inteligência brasileira. A propósito, estas palavras de Graça Aranha:

> "Para avaliar o que foi a ação de Tobias Barreto, basta atender o que eram os estudos de direito antes dele e depois dele.
>
> (...)
>
> O Código Civil Brasileiro, construção de Clóvis Bevilacqua, se filia à inspiração de Tobias. A crítica se renova por ele. Sílvio Romero, Araripe e o próprio José Veríssimo são seus discípulos. A nossa mesquinha filosofia, o que tem de mais inteligente, vem da libertação do grande mestre do pensamento livre. Ainda hoje se pode dizer, como se disse de Kant, que voltar a Tobias é progredir." *(O meu próprio romance.* Introd. e notas de Jomar Moraes. 4ª ed. São Luís: Alumar, 1996, pp. 148-150.*)*

Movido por tal genialidade, levanta Tobias Barreto a subordinação do estudo do direito a outra ciência que o precede, designada propedêutica jurídica, indagando: "... a que propósito elucidar aqui a posição do homem na natureza se o direito nada tem que ver com o homem natural, mas somente com o homem social, tal como ele se mostra aos olhos do historiador e do filósofo?" Sintetiza: "... a idéia capital do programa está na combinação das duas seguintes proposições: não existe um direito natural; mas há uma lei natural do direito."

Sobre o ilustre mestre, assinala o Prof. Luiz Antônio Barreto: "O grande legado de Tobias Barreto foi em dois sentidos: um, o da sua obra crítica, aberta, roteirizando a atualização do pensamento brasileiro; outro, o dos seus seguidores, que continuaram levando o Brasil a afirmar uma cultura transformadora, própria e ao alcance dos brasileiros." (*In Tobias Barreto: uma bibliografia*. Edição comemorativa. Rio de Janeiro: INL, MEC, Record, 1989, p. 14.)

Das mãos proficientes do pensador sergipano – crítico, poeta, tribuno notável, filósofo, sociólogo, abolicionista e republicano, revolucionário – emana a obra *Estudos de Direito*, organizada por Sylvio Romero, que sai a lume no Rio de Janeiro, em 1892, três anos após a morte do autor e é reeditada no mesmo ano.

Nela busca antes elucidar o conceito de direito, e o faz para afirmar que o direito jamais pode ser considerado como uma coisa estática, imóvel, porquanto, como tudo que há no universo, está perpetuamente

se transformando, evoluindo, não bastando "mudar de forma, o que todavia já seria muito, é preciso mudar de conteúdo". Nega o direito natural e afirma que o direito é produto da cultura humana, mas reconhece que há uma lei natural do direito.

Inicia o livro com idéias propedêuticas, em que procura realçar o direito como sistema de conhecimentos que "deve ter uma verdade primeira, uma primeira proposição a que se prendam todas as proposições e verdades ulteriores", para fazê-lo entrar na corrente da ciência moderna, e aí situar o homem no seio da sociedade. Define a ciência do direito como uma ciência de seres vivos.

No campo do Direito Criminal, traça antes a evolução do direito em geral e das leis penais como instituições sociais, ressalta que a suprema função que exerce o Estado de punir os crimes está vinculada à existência de uma tese de direito positivo, por meio da qual uma ação é declarada criminosa e certa penalidade cabe aplicar. Alude aos sistemas de direito punitivo, especialmente aos da defesa social e da recuperação do criminoso.

Discorre sobre a questão da origem e fundamento do direito de punir e, incursionando por inúmeras teorias, conclui:

> "... todo o direito penal positivo atravessa regularmente os seguintes estádios: primeiro, domina o princípio da *vindicta* privada, a cujo lado também se faz valer, conforme o caráter nacional, ou etnológico, a expiação religiosa; depois, como fase transitória, aparece a *compositio*, a acomodação daquela vingança por meio de multa pecuniária; e logo após um sistema de direito penal público e privado; finalmente, vem o domínio do direito social de punir, estabelece-se o princípio da punição pública."

Trata dos delitos por omissão, traça-lhes os contornos e afirma que se adaptam perfeitamente ao conceito filosófico da criminalidade. Apresenta ensaio sobre a tentativa em matéria criminal, porquanto o código criminal da época não definia regularmente a tentativa e, com ineditismo, resenha diversos aspectos e hipóteses para, em aguda percepção de sinais de diferença, expor soluções, consideradas adiantadíssimas para aquele tempo.

Sobre a co-delinqüência e os seus efeitos na praxe processual, apanha-se na obra este substrato: "... cometido por um só, ou cometido

por muitos sujeitos, quer seja igual, quer diferente o quinhão de cada um na construção do delito, este é sempre um todo compacto, e como tal deve ser estudado, sob pena de dispersar-se e perder-se mais de uma circunstância importante, cujo desconhecimento pode alterar a feição do crime e dos criminosos."

A par desses e de outros estudos de direito, o combativo Tobias Barreto saiu em defesa da emancipação da mulher, como dito, insurgiu-se contra o anti-semitismo, propugnou pela reforma da justiça (já naquela época), com adotar-se a separação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, foi ardente defensor da reforma eleitoral e assumiu a propaganda abolicionista e republicana.

Na evolução do pensamento pátrio, o biografado, como assinala Brasil Bandecchi, "deve ser estudado dentro do seu papel histórico, em determinado momento da vida brasileira e, assim estudado e examinado, não se poderá negar que cumpriu perfeitamente a sua missão". E arremata:

> "Voltar a Tobias é progredir. Mas nós não voltamos a Tobias. Foi ele que, com seu gênio, chegou até o nosso século e atravessará os séculos futuros. Não se volta na história, e muito menos na história do pensamento humano.
>
> A história é um encadear de causa e efeito numa constante evolução.
>
> E, por uma predestinação, a Província em que, em 1822, foi dado o brado da Independência política tornar-se-ia o berço, passado, exatamente, um século, em 1922, de outro movimento libertador, historiado por Mário da Silva Brito.
>
> Nesse movimento poderia figurar Tobias Barreto." (*Os forjadores do mundo moderno*. 3ª ed. São Paulo: Fulgor, 1966, v. 6.)

Esses, em tênues traços, muito aquém do desejado, os aspectos que entendi devessem ser ressaltados.

Ministro *José Arnaldo da Fonseca*

ESTUDOS DE DIREITO

TOBIAS BARRETO

ESTUDOS DE DIREITO

PUBLICAÇÃO POSTHUMA

DIRIGIDA POR

SYLVIO ROMÉRO

RIO DE JANEIRO
LAEMMERT & C.—Editores proprietarios
66 RUA DO OUVIDOR 66

1892

PORQUE ESTOU Á FRENTE D'ESTA PUBLICAÇÃO

Era naturalmente a mim, no caso de eu sobreviver a Tobias Barreto, que havia de caber a tarefa de organisar e dirigir a publicação posthuma de suas obras. Uma amisade de vinte e dous annos, nunca, phenomeno raro no Brasil entre homens de letras, desmentida por um resentimento qualquer, dava-me esse direito. A familia, assim espontaneamente o comprehendeu, e foi logo fazendo diligencias que me habilitassem a pôr hombros á empreza.

Fez-me a remessa, por vezes diversas, de manuscriptos e impressos do illustre morto. Cumpre, porém, advertir que dous annos antes de fallecer, tendo já bastante adiantada a molestia que o devia levar ao tumulo, o notavel sergipano me escrevera, pedindo um plano para a organisação e publicação de suas obras completas. Em carta de 6 de junho de 1877, dizia-me elle :

« Como dou muito pelo seu alto senso do methodo, pela *vis organisatrix* do seu talento, peço-lhe que me trace um bom plano de distribuição e organisação de meus escriptos. »

Respondi-lhe, enviando o plano pedido.

Pouco depois, aos 19 de julho do mesmo anno, retrucava-me elle : « Recebi a sua carta, em que me deu conta do que lhe eu havia pedido. Gostei do arranjo. O plano das obras completas é excellente ; mas creio que não me será possivel rehaver os trabalhos perdidos. »

Para dirigir, pois, a publicação dos livros do meu saudoso amigo tenho a dupla autorisação d'elle proprio e da sua familia.

Não deixei cópia do plano que lhe havia enviado ; porem procurei reorganisal-o de memoria.

A base era a distribuição por materias: direito, philosophia, litteratura, politica, escriptos humoristicos, discursos, polemicas.

Difficuldades praticas, umas provenientes das esquivanças dos editores, outras da quasi impossibilidade de obter diversos e variados trabalhos do auctor, extramalhados em pequenos jornaes de Pernambuco, levaram-me a modificar o primitivo arranjo. Com os elementos actualmente existentes em meu poder, dei a seguinte organisação aos escriptos de Tobias Barreto: *Estudos de Direito, Estudos Allemães, Questões Vigentes de Philosophia e Litteratura, Ensaios de Philosophia e Critica, Menores e Loucos em Direito Criminal, Dias e Noites* (poesias) *Pequenos Escriptos e Pensamentos, Discursos, Polemicas*, e, finalmente, *Ruecksichtslose Briefe oder deutsche Schriften brasilianischen Inhalts.*

Ao total dez volumes de regular tamanho. A materia perdida, de que tenho plena lembrança, poderia encher mais dous volumes do mesmo formato.

O poeta, jurista e pensador sergipano, como se vê, não escreveu demais, nem de menos.

O que deixou não atormenta pelo amontoado de livros, verdadeiras montanhas de papel, que constituem o espolio illegivel de muitos, nem contrista pelo mesquinho do legado. Ficou n'um meio termo.

O primeiro volume da serie, *Estudos de Direito*, é que sai agora a lume.

Diligencia foi feita para que este livro contivesse todos os escriptos juridicos do auctor.

Apezar dos esforços ficaram fóra tres notaveis artigos: *A mora em Direito Romano, A Provincia e o Provincialismo* (critica do livro de Tavares Bastos) e o *Direito Publico Brasileiro*, (analyse da obra do Marquez de São Vicente), não fallando nos *Menores e Loucos em Direito Criminal*, que ficaram constituindo volume

á parte. Aquelles tres trabalhos não foram encontrados.

Não me parece necessario fazer aqui a analyse de um livro que se vai lêr; nem, em geral, destacar a figura de Tobias Barreto na vida espiritual moderna em nosso paiz.

Este serviço já eu o fiz, aos fragmentos, na *Philosophia no Brasil*, quando estudei o critico e o philosopho, e nos *Estudos de Litteratura Contemporanea*, quando me occupei do poeta, e foi tambem feito mais tarde em totalidade na *Historia da Litteratura Brasileira*. Não voltarei mais sobre esse assumpto; é plenamente dispensavel.

O que é actualmente opportuno é indicar historicamente a natureza de minhas relações intellectuaes com aquelle illustre e poderoso espirito, no intuito de definir as nossas reciprocas posições.

E' isto necessario para desfazer alguns erros á nossa conta atirados mais de uma vez á imprensa por espiritos levianos e ignorantes dos factos.

Filhos ambos de Sergipe, não nos conhecemos alli; só em Pernambuco, em 1868, é que vi aquelle patricio pela primeira vez.

Cursava então elle o quarto anno da Faculdade de Direito; eu ia do Rio de Janeiro, com os preparatorios feitos, para matricular-me n'aquelle curso. Tobias foi, portanto, meu contemporaneo nos estudos academicos. Nunca foi meu professor.

Quando o conheci suas occupações espirituaes dilectas eram a poesia e a philosophia.

N'aquella tinha sido o inaugurador do lyrismo condoreiro a datar de 1862, e ainda era um eterno recitador de versos nos theatros, nas festas patrioticas e nos salões.

Este prurido acabou quasi completamente em fins de 1870.

Na philosophia, que sempre o preoccupou de modo especial e caracteristico, já elle havia feito em 1867 o celebre concurso em que aniquilára o afamado thomista pernambucano, Dr. José Soriano de Souza.

De 1868 dactam as suas primeiras publicações nessa materia.

Cournot, Taine e Vacherot já lhe eram familiares.

N'aquelle anno travou conhecimento com o positivista directamente pelo *Cours de Philosophie Positive* de Comte. Stuart Mill e Littré vieram mais tarde, e não foram nunca muito apreciados.

Em tal assumpto o meu amigo preferia directamente o chefe da escola.

O velho espiritualismo francez já estava posto de lado ; o positivismo, em sua significação puramente philosophica, tinha tomado conta do terreno, expellindo a antiga doutrina.

Ainda não havia conhecimento da lingua allemã, nem largos estudos de litteratura,de direito, de economia politica, de historia, de critica religiosa.

Ainda tambem não havia o conhecimento de Darwin, de Häckel, de Hartmann, de Noiré, do monismo e do transformismo em summa. Tudo isto veiu depois, a dactar de 1871.

Nessas condições é que encontrei o nosso poeta ; eu levava do Rio de Janeiro bons estudos de preparatorios, feitos de 1863 a fins de 1867, o amor dos livros, a ancia de saber.

Atirei-me á leitura de ethnographia, linguistica, anthropologia, critica litteraria e philosophia.

As predilecções eram, pois, differentes, as leituras diversas, pela diversidade ingenita dos dous espiritos.

Em nossas longas conversações communicavamos mutuamente as nossas impressões, as nossas idéas, os nossos planos de trabalho.

Por ser elle bastante mais velho, mais adiantado no curso academico, já immensamente popular em Pernambuco e, sobre tudo, por conhecer-lhe o vigor e a força da intelligencia, acostumei-me, eu que chegava simples caloiro, a ter-lhe peculiares attenções e verdadeiro respeito. Mas nunca lhe sacrifiquei as minhas idéas, nem lhe subordinei o meu sentir, nem apaguei jamais diante delle as differenças nativas do meu temperamento.

Outrotanto, praticava-o elle, havendo sempre em nossas relações espirituaes plena liberdade e decidida franqueza.

Dando conta no *Contra a Hypocrisia* do meu livro publicado em 1878, *A Philosophia no Brasil*, depois de alguns elogios iniciaes, escrevia Tobias: «Tudo isto, porém, não significa, não quer significar que eu me limite a formar um *duetto*, que eu acompanhe em todos os motivos, fazendo *segunda voz*, o pensamento de Sylvio Roméro. Em mais de um ponto estamos separados ; e como, n'uma tal ou qual communhão de principios, que entre nós existe, avulta o da mais lhana despreoccupação pessoal, o da mais pura sinceridade reciproca, indicarei precisamente as razões do meu desaccordo. » (1)

Como quer que fossem diversos entre nós as indoles mentaes, cada um foi fazendo a sua obra e a mais rapida observação é sufficiente para notar facilmente as differenças de estylo, de intuições, de assumptos, de methodos, de doutrinas.

E' assim que, em poesia, Tobias não passou do lyrismo condoreiro e eu combati, desde 1869, esse *hugoanismo* e iniciei a nova intuição da poesia transfigurada pela philosophia de nossos dias; que, em critica litteraria, elle fugia dos assumptos brasileiros e do brasileirismo e eu os procurava sempre de preferencia ; que, em philosophia, não admittia a psychologia e a sociologia como sciencias, (2) e eu lhes reconheço esse caracter ; é assim que jamais pude admittir e explicar o desdenhoso modo de tratar Herbert Spencer, *the great philosopher*, na phrase de Darwin, a maior encarnação da philosophia evolucionista, no pensar de Grant Allen.

Não é tudo ; ha especialmente dous assumptos em que o meu modo de sentir e pensar foi sempre completamente opposto ao seu: a poesia popular e a ethnographia.

Sabe-se que uma das bases da minha critica applicada á litteratura, á historia e em geral á vida espiritual brasileira, foi a apreciação ethnographica das raças que constituiram o nosso povo. Sabe-se mais que uma das primeiras

---

(1) *Contra a Hypocrisia* de 28 de setembro de 1879.

(2) Sobre a psychologia, vejam-se os seus *Ensaios de Philosophia e Critica*, sobre a sociologia—suas *Questões Vigentes de Philosophia e Direito*. Esta obra no plano novo soffre modificação no titulo ; em vez de *direito* —ficará—*litteratura*.

applicações desse modo de pensar foi justamente o estudo, a pesquiza da poesia, dos contos, das tradições populares, do *folk lore*, em summa.

Pois bem: Tobias Barreto não acceitava isto e tivemos interminaveis discussões a respeito.

Não conseguiu modificar as minhas convicções neste assumpto, nem alterar o systema de meus trabalhos.

A despeito de seu desaccordo, colligi—os *Cantos Populares do Brasil*, os *Contos Populares do Brasil* e escrevi os *Estudos sobre a Poesia Popular Brasileira*.

O leitor vae ver como o escriptor sergipano pensava sobre este assumpto.

Eis aqui uma nota que me chegou de Pernambuco entre os seus manuscriptos. Transcrevo-a integralmente:

« O gosto e o cultivo da poesia popular, ainda que possam remontar á autoridade de Herder, descendem todavia mais directamente da escola romantica. Os effèitos mediatos d'esta escola, que não foram poucos, dividem-se em *permanentes* e *transitorios*. Aos *permanentes* pertencem, por exemplo, a linguistica, a philologia, a mythologia comparadas; aos *transitorios* porém, não precisa especialisar, pertencem todas aquellas extravagancias, que ha 50 ou 60 annos valiam por maravilhas, e hoje felizmente estão esquecidas. Pergunto agora: o gosto da poesia popular, a que classe deve pertencer?

« De mim para mim, tenho-o por um dos effeitos *transitorios*. Esse enthusiasmo forçado, *erzwungene Begeisterung*, como dizia o proprio Uhland, pelas pretendidas producções poeticas do povo, é sem *interesse esthetico*, porque nellas em geral a belleza brilha pela ausencia; sem *interesse historico*, porque o povo poetisante nada tem que ver com o processo evolutivo da historia; sem *interesse psychologico-nacional*, porque as canções populares, a despeito de todas as tentativas feitas neste sentido, ainda não servem nem servirão jamais como traço caracteristico desta ou daquella nacionalidade; esse resto de vertigem romantica ha de tambem acabar. Se ainda não desappareceu de todo, é porque começou mais cêdo

« Só comprehendo o valor da poesia popular, como materia assimilavel ás fórmas e conceitos da poesia

culta, por intermedio de espiritos superiores. Foi o que fez Gœthe, cuja musa lyrica, em muitos dos seus mais brilhantes productos, é uma resonancia do *Lied* popular allemão; foi o que fez Heine, que por vezes recorreo tambem a essa fonte; foi ainda o que fez Weber no dominio da musica, pondo a seu serviço e colorindo com o seu genio as cantigas populares.

«Deixemo-nos pois de illusões. A *poesia popular* é uma digna irmã da *soberania popular*.

«O epitheto addicionado a uma e outra palavra amesquinha e transtorna o conceito de ambas. Muito sinto achar-me neste ponto em desaccordo com o meu illustrado amigo Sylvio Roméro, cujo talento é de uma força organisadora estupenda; e como em geral os talentos organicos são tambem harmonicos,é estranhavel que elle, que foi o primeiro entre nós a irromper contra o romantismo, tenha cedido por sua vez a uma das mais estranhas preoccupações romanticas.»

Eis ahi: a condemnação é decisiva; mas não me dou por vencido.

Não sei como não possam ter *interesse esthetico* inspirações do povo, que vão servir para realçar as producções de um Gœthe, de um Heine, de um Weber; não sei como se possa negar *interesse psychologico-nacional* ás creações espontaneas do genio popular, onde se encontram monumentos como os *Vedas*, as epopéas indianas, o *Shah-Nameh*, os *Niebelungen*, as *Sagas* scandinavas, não fallando já na *Iliada* e na *Odysséa* de Homero; não sei como não mostram *interesse historico* esses documentos das raças, quando não tinham ellas ainda sahido d'aquelle synchronismo primitivo em que a religião, a moral, o direito, a poesia repousavam juntos n'um todo immenso e indistincto; ou mesmo em épocas recentes e nos dias de hoje quando as populações incultas repetem as lendas e as canções que uma longa tradição lhes deixou!

A critica foi demasiado exagerada. O mesmo caracter descubro no que escreveu algures nas suas *Questões Vigentes* sobre a ethnographia. Fallando de Lilienfeld,

disse: « quanto ao ponto relativo ás raças, isso é apenas o effeito de outra *mania* do nosso tempo, a *mania ethnologica*. Eu quizera que Lilienfeld viesse ao Brasil para vêr-se atrapalhado com a applicação de *sua theoria* ao que se observa entre nós. As chamadas *raças inferiores* nem sempre *ficam atraz*. O filhinho do negro, ou do mulato, muitas vezes leva de vencida o seu coevo de purissimo sangue aryano.»

N'este periodo é preciso distinguir o que se refere a certa theoria fantastica de Lilienfeld sobre o que este chama a *embryologia social*, e o que se dirige a atacar o que Tobias chamou a *mania ethnologica de nosso tempo*.

Effectivamente, quando a anthropo-ethnographia chegou a affirmar a existencia de raças humanas *inferiores*, não o fez levianamente. Antes procedeu com a maxima cautela. Foi sobre estudos anatomicos especialissimos, sobre observações physiologicas inconcussas, sobre o diuturno estudo social dos selvagens e barbaros de raça negra, vermelha e amarella em todas as manifestações de sua vida espiritual, que a sciencia ousou pronunciar-se. Raças foram encontradas que por si mesmas jamais se civilisaram; outras que só deturpadamente acolheram a civilisação estranha; estas que, afastadas da concurrencia e do influxo superior, retrogradaram; aquellas que mais depressa morreram do que acceitaram qualquer cultura. Não merecerão o qualificativo de inferiores? Uma ou outra excepção, um ou outro caso de superioridade no *filhinho do negro* não póde constituir uma regra, nem infirmar a doutrina.

Muito menos no *filho do mulato*. N'este já entra o elemento atavico de uma raça superior, que póde predominar. Mas, o que é decisivo é o estudo da sociedade no seu conjuncto. Não existe, nunca existiu uma civilisação original de negros, nem de mulatos. As republicas de S. Domingos e de Haiti poderiam desmentir minha affirmação; não o fazem; antes a confirmam plenamente: a retrogradação alli é positiva.

Outro ponto, digno de nota, de nosso constante desaccordo, era o da adopção da fórma republicana em nosso

paiz Espirito muito liberal, inimigo irreconciliavel das vilezas e miserias perpetuas da politica brasileira, como neste mesmo livro póde ser visto nos artigos—*O poder moderador*, *A organização communal da Russia*, *Responsabilidade dos ministros no governo parlamentar*, e, mais especialmente, na sua celebre oração denominada—*Um discurso em mangas de camisa*, e no opusculo em lingua alleman—*Ein offener Brief an die deustche Presse*, Tobias, todavia, não foi jámais um sectario da republica. No seu curso de direito publico na Faculdade de Direito do Recife, curso cujo programma vai junto a este volume em appendice, elle desenvolveu a seguinte these : « *Conceito do chefe do Estado. Monarchia e Republica. A questão de fórma de governo é mais uma questão de esthetica do que de ethica politica.* » Conhecedor emerito de nossos vicios e desmantelos politico-sociaes, Tobias não tinha confiança nas virtudes da republica entre nós, justamente por causa desses mesmos vicios e defeitos de nosso caracter.

Via sempre com côres negras a situação brasileira. « Se nada aproveitam, diz elle á pag. 394 deste livro, se nada aproveitam os clamores de uns certos messianistas politicos, que *cantam as maravilhas da republica vindoura*, tambem não merecem credito as soluções pouco serias, as velhas phrases ambiguas dos *aulicos liberaes*. »

Mais explicito ainda é elle á pag. 44 das *Questões Vigentes de Philosophia e de Direito*: « A politica alleman não me é totalmente sympathica. Olhada por este lado, a minha cara Allemanha assemelha-se a uma linda mulher, em quem aliás a enormidade das mamas diminue a belleza das outras fórmas. Por isto limito-me a contemplal-a só pelo rosto. Mas tambem a *republique française* não está no meu programma. Sou pouco affeiçoado ao *cancan*, em qualquer de suas manifestações. Isto distôa, bem sei, da intuição commum, ainda que ella não seja das mais seguras. O republicanismo brasileiro é um bello pedaço de litteratura franceza. Com razão dizia eu, ha pouco, a um amigo tedesco : *In Brasilien treibt nan Republik, wie man die Lecture der Romane Zola's treibt: ohne Kritik oder Neberzeugung, nur aus bewusster oder unbewusster Liebe zu Frankreich.* Porém não importa; é a verdade tal qual

sinto e aproveito a occasião para repetil-a.» Eis-ahi; nada mais peremptorio, quer na questão geral de doutrina quer na de particular applicação ao Brasil.

Não concordei jámais com o meu amigo n'este modo de pensar e, ainda muito moço, desde 1869, alistei-me entre os republicanos. Para mim a questão de fórma de governo não é cousa que se deixe decidir pelo sentimento artistico ou mesmo pelo sentimento ethico.

E' mais anterior e fundamental; procede de entranhas mais reconditas; é uma questão de biologia e psychologia nacional.

Pelo que toca ao Brasil, tive sempre mais confiança na energia latente de nosso povo. Ainda mesmo após a terrivel provação de mais de dous annos de loucuras, desparates, e desacertos de todo o genero que os trefegos e desbragados governos que, em nome da Republica, hão flagelado este pobre paiz, têm atirado sobre o povo attonito, ainda mesmo após tanta insania e tantos erros não descri do futuro da nação, não se entibiou a minha velha fé republicana. Os governos nefandos hão de passar, os congressos criminosos e corruptos hão de atufar-se no nada e o povo ha de encontrar o seu estado de repouso e equilibrio, de liberdade e de honra nas suas proprias energias, nas forças nativas de sua propria constituição immorredoura. Aos olhares pasmos é custoso descortinar o bem no meio dos desatinos dos falsos republicanos desde os tempos do *provisorio*.

Retirados da scêna os republicanos honestos, e os homens honestos dos velhos partidos, em sua quasi totalidade, aos empurrões dos mais afoitos e corrompidos politiqueiros da monarchia, acolhidos sob o titulo de benemeritos *adhesistas*, por toda a parte o paiz sentiu-se desorganizar e começou a ser posto em almoeda...

Sobram ahi os documentos d'esse tripudio infrene, denunciado a altos brados nos *pamphletos* dos irmãos Annibal e Saturnino Cardoso. Mas o *provisorio* foi um governo de anjos, posto em confronto com a desenvoltura desconcertada do Sr. Lucena.

O primeiro grupo, entretido na farandula administrativa, tinha deixado mais ou menos desafogado o terreno

da politica, o que não quer por fórma alguma dizer que n'esta esphera tremendos horrores não tenham sido n'esse tempo commettidos. A ganancia deu mais de uma vez o braço á crueldade e ambas juntas tiveram o capricho de praticar sob o sol da patria acções tão abjectas como iguaes não tinham sido vistas n'esta terra desde a éra de *quinhentos*, desde o anno do descobrimento. E', certamente, um caso d'esses aquelle assombroso facto praticado exactamente na patria do auctor d'estes *Estudos de Direito*, aquelle crudelissimo episodio dantesco da perseguição e prisão de cento e tantos proletarios e famintos sergipanos, perseguidos pela sêcca e pela miseria, mandados agarrar pela força publica, mandados metter nas cadeias do Aracajú, donde, curtidos longos dias de fome e dôr, foram atirados, na promiscuidade revoltante das crianças, dos velhos, dos andrajosos, dos doentes, nos porões do vapôr *Estrella*, que os devia transportar para o Rio de Janeiro, onde ficariam degradados ou teriam de servir no exercito!

O ministro da guerra de então enviou o seu official de gabinete para receber o curioso presente que a *generosidade* do goveruador de Sergipe lhe enviara.

O moço militar conheceu que elle e seu chefe haviam sido burlados: aquillo não era gente para servir em exercito nenhum d'este mundo; não passava de um montão de miseraveis velhos, crianças, mulheres e pobres famintos, deshumanamente enviados á morte no Rio de Jaueiro, sem crimes, sem processos!

A luctuosa turba andou de Herodes para Pilatos, da Guerra para a Justiça, da Justiça para a Policia, até ir encerrar-se na Detenção, onde a mór parte falleceu de vergonha e inanição.

E que fez o *provisorio*? Demittiu o governador criminoso e cruel?

Não; encheu-o de confiança e de elogios e fez delle um deputado da nação!... Pois bem, esse *provisorio* de nefanda memoria foi um episodio de candidos feitos diante do *lucenismo*. Este vinha inaugurar a reacção *conservadora* no peior sentido. Corrompeu e opprimiu a

tudo e a todos por toda a parte. E, depois da mashorca politica, encetou a *carnificina financeira*. Digo *carnificina*; porque, segundo consta e está para lêr-se em *editoriaes* do *Jornal do Commercio*, editoriaes argumentados e cheios de documentos e até hoje não respondidos, o guapo governo do Sr. Lucena fez do thezouro nacional uma immensa rez morta, onde elle poz-se a cortar sem dó nem piedade. *Lastros metallicos* de bancos foram evaporados, ou foram *cedidos aos ditos bancos* que até hoje os não pagaram! *Idem, idem* se mandou fazer com *depositos existentes* em Londres. Um horror! Incrivel, incrivel, verdadeiramente incrivel!

E, por cima de todas essas façanhas, que ainda julgou poucas, dissolveu inepta e loucamente o Congresso Nacional, sem vêr que assim ia convulsionar o paiz inteiro. Cahido o panno sobre este segundo acto da desastrada tragi-comedia da governança republicana, veio á scena um esperançoso grupo. E' a gente actual. Estes vinham em nome da Constituição, que tinha sido violada, e traziam nos braços e nos chapéos em *topes* multicôres escripta a palavra—*legalidade*. Foram recebidos com palmas por toda a platéa. Começaram a sua *dança*, e pensais que emendaram os passos, que tomaram tento, que mostram geito? Enganai-vos. Fazem hoje dois mezes que isto foi; e neste diminuto lapso de tempo têm sido praticados tantos desatinos que, parece, tem-se o plano de exceder nos desacertos os antecessores. Este governo, tão novo ainda, conta já os seguintes crimes: vive pelo cabresto dos mais turbulentos e trefegos membros do congresso, a cujas vontades não tem força para resistir; em paga dessa submissão obteve desses mesmos perigosos mentores amplos poderes para reassumir a dictadura e creditos illimitados para gastar ao seu talante; rasgou de todo as vinte constituições dos estados, cujos governadores mandou depôr pelos commandantes das guarnições federaes ou por emissarios militares adrede enviados; rasgou ainda essas mesmas constituições, ordenando, por portas travessas, a dissolução dos congressos estaduaes, e mais ainda permittindo a dissolução das magistraturas locaes, de fórma que, se Lucena desorganisava

a União, elle, o governo de hoje, faz cousa peior, ataca os estados, o que vale dizer, fére a federação nos seus pontos mais sensiveis; illude e sophisma a Constituição Federal, não mandando proceder á eleição do presidente, como era de seu mais elementar dever; espalha por toda á parte o terror, fazendo a reacção inversa de Lucena, a *reacção de um jacobinismo* hysterico e incontentavel; deixa campear a arruaça como auxiliar governativo, fazendo calar jornaes, como n'esta cidade o *Brasil*, e ameaçando outros, que se submetteram, mudando as redacções; tem de espreita e açula sobre os caracteres mais limpos um louco, irmão de um dos ministros, que nos a pedidos do *Jornal do Commercio* fez resuscitar o misero systema imperial dos entrelinhados *inglezes;* desprestigia a representação nacional, tolhendo a palavra á opposição, coacta pelas pateadas de encommenda das galerias da camara e por ataques materiaes de individuos armados aos deputados desaffectos... E isto em dois mezes! Que nos reservará o futuro? E' tempo de mudar de rumo e entregar a direcção do paiz a espiritos mais vastos e a corações mais justos. Isto que ahi está, que reflecções arrancaria a Tobias Barreto, que, entretanto, não presenciou tantas miserias? A despeito de taes loucuras, creio que os defeitos dos homens não são sufficientes para matar a verdade do systema. A Republica se libertará um dia dos ambiciosos que a desnaturam, e a nação caminhará impavida para os seus grandes destinos.

E' a minha crença e é a minha esperança.

Poderia, si fosse preciso, levar por diante estes pontos de desaccordo. Não o farei, porque os indicados provam de sobejo a minha these: a independencia de meu modo de sentir e pensar diante dos sentimentos e opiniões de Tobias Barreto em pontos e assumptos capitaes.

Isto mesmo foi por mais de uma vez por nós ambos proclamado para a confusão de malevolos e intrigantes.

O que nunca soffreu diminuição ou restricção de qualquer ordem foi a minha admiração pelo seu talento e a minha estima por sua pessoa.

E elle bem as merecia; porquanto, de todos os homens que, na minha qualidade de critico e propagandista, tive occasião de elogiar e vulgarisar, foi, talvez, o unico que me não pagou o serviço com as traições que constituem a essencia da alma dos ingratos.

E' este, por certo, mais um motivo que me apparece para hoje, como hontem, agora que elle é morto, estar ainda na estacada para defender a sua memoria, como antes defendi o seu talento e assignalei os seus serviços.

Rio, 23 de janeiro de 1892.

Sylvio Roméro.

TOBIAS BARRETO

ESTUDOS DE DIREITO

PUBLICAÇÃO POSTHUMA

DIRIGIDA POR

SYLVIO ROMÉRO

INDICE

APPENDICE

ESTUDOS DE DIREITO

I

Introducção ao Estudo do Direito

I

Ideias propedeuticas. Posição do homem em a natureza

A sciencia do direito, bem como outro qualquer ramo do saber humano, não existe isolada. Na immensa cadeia de conhecimentos, logicamente organisados, que constituem as diversas sciencias, ella figura tambem como um élo distincto, occupa um logar proprio, e tem a sua funcção especifica.

Mas seja qual fôr esta funcção, e quaesquer que sejam os limites assignados á sciencia do direito, — ou se augmente ou se diminúa o seu campo de observação e de estudo, — o que fica sempre fóra de duvida é que ella trata de uma ordem de factos humanos, tem por objecto um dos traços caracteristicos da humanidade, faz parte por conseguinte da *sciencia do homem.*

E por mais independentes que as verdades juridicas pareçam dos dados de tal sciencia,—quer se lhe mantenha o classico nome de *philosophia*, quer se lhe dê o de *anthropologia*, — basta um pouco de reflexão para convencermo-nos de que o direito, sob a fórma scientifica, isto é, como systema de conhecimentos, deve ter uma verdade primeira, uma primeira proposição, a que se prendam todas as proposições e verdades ulteriores.

Ora, dado de barato que o direito não tenha como principio director senão o que se acha contido na sua propria definição, é claro que esta só póde ser bebida em

fonte estranha, em um dominio scientifico mais largo e mais comprehensivo.

Já se vê que o estudo do direito está subordinado ao de outra sciencia que logicamente o precede. Esta subordinação, este laço de dependencia é que dá logar ao que no meu programma designei por *ideias propedeuticas*, e que tambem póde se chamar — *propedeutica juridica*.

São ideias introductorias, iniciaes, preliminares. Não ha sciencia que não as tenha. O que importa é que, para expô-las, não se comece de muito longe, não se tome tamanha distancia, que afinal possa perder-se de vista o objecto a estudar.

Se o direito, como disse, faz parte da sciencia do homem, não lhe é de certo indifferente saber de ante-mão o que seja esse mesmo homem e qual a sua posição na natureza.

Mas para isso não ha mister de recapitular ideias que pertencem exclusivamente ao circulo das sciencias naturaes. E nós outros que reclamamos para o direito, como ramo scientifico especial, um caracter autonomico, seriamos contradictorios, se o quizessemos reduzir ás mesquinhas proporções de uma secção da zoologia e da botanica, fazendo depender o seu conhecimento do conhecimento da *cellula*, da morphologia e physiologia *cellular!*...

Não é preciso remontar á epocha tão longinqua, indo além do periodo *pre-historico*, e entrando até no periodo *pre-humano* da evolução do mundo organico. Uma introducção regular do estudo do direito não quer isto, não carece disto. O seu entroncamento na anthropologia não impõe a necessidade de cavar até ás ultimas raizes. O contrario é cahir n'uma especie de *gnose juridica*, ou n'uma ôca *pantosophia*, que aliás não está contida no pensamento do programma.

O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da *sciencia moderna*, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausiveis da anthropologia *darwinica*. E isto não é sómente uma exigencia logica, — é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto nada ha de mais pernicioso ás sciencias do que mantê-las inteiramente isoladas.

O isolamento as esterilisa. Como diz um arguto proverbio allemão : *as arvores impedem de vêr a floresta*, ou a demasiada concentração nos detalhes de uma especialidade rouba a vista geral do todo e apaga o sentimento da unidade scientifica.

Eis porque se torna preciso animar o direito, que já tem ares de sciencia morta, como a theologia ou a metaphysica de antigo estylo, pelo contacto com a sciencia viva, com a sciencia do tempo, com a ultima intuição de espiritos superiores. Mas é possivel que se objecte : — á que proposito elucidar aqui a posição do homem na natureza, se o direito nada tem que vêr com o homem *natural*, mas sómente com o homem *social*, tal como elle se mostra aos olhos do historiador e do philosopho?

A resposta surge de prompto. A questão do programma não é ociosa. Conforme o lugar conferido ao homem no meio dos outros seres, conforme o papel que se lhe distribûe entre as especies animaes, o direito assume tambem uma feição differente.

Dest'arte, se ainda estamos em tempo de prestar ouvidos á velha philosophia dualista, que nunca passou de um commentario mal feito do *symbolo dos apostolos* (1) ; se ainda estamos em tempo de beber todos os nossos conhecimentos na covinha de pedra, onde bebem as aves do céo e as almas dos santos, isto é, no mytho hebreu de uma creação divina do universo ; — em uma palavra, se o homem continúa a ser um *dioscuro*, o filho mais moço do creador e o rei da creação, — então não ha duvida que o direito deve resentir-se dessa origem ; a sciencia do direito deve encolher-se até tomar as dimensões de um capitulo de theologia.

Não ha meio termo. A controversia só tem hoje um sentido entre estes dous extremos : — ou a creação natural, conforme a sciencia, ou a divina, conforme o *Genesis*; e os resultados não são os mesmos para quem toma um ou outro caminho.

---

(1) Bem podéra dar-lhe o nome de philosophia do *passaporte*. Ella ensina com todo serio que são tres os seus problemas capitaes : — *que é o homem ?... donde vem elle?... e para onde vai?...* São justamente os pontos mais importantes de qualquer salvo-conducto policial.

Mas o homem é realmente um ser á parte, uma obra da mão de Deus? Ainda ha lugar para esta crença?... Um espirito serio só póde responder que não. Sobre tão alta procedencia humana, repetimos as palavras de uma franceza intelligente: — *on manque de renseignements*. E como diz Schleiden, assim como no direito romano prevalecia o principio: *in dubio pro fisco*, — assim tambem nas sciencias deve valer a aurea regra: *in dubio pro lege naturali*. Emquanto, pois, o homem, este *fidalgo de eontem*, não sustentar com melhores dados as suas pretenções de celigena *pur sang*, ha bôas razões de tê-lo sómente em conta de um phenomeno natural, como outro qualquer.

E o homem do *direito* não é diverso do da *zoologia*. O *anthropocentrismo* é tão erroneo em um como em outro dominio. Admira mesmo que esta verdade ainda hoje precise abrir caminho a golpes de martello. Desde que dissipou-se a illusão *geocentrica*, desde que a terra, soberana e grande aos olhos de Ptolomeu, foi empalmada e comprimida pela mão de Copernico, até fazer-se do tamanho de um grão de areia perdido no redomoinho dos systemas sideraes, a illusão *anthropocentrica* tornou-se indesculpavel. Porquanto, com que fundamento póde o homem considerar-se rei da natureza, se o planeta que elle habita é tão insignificante na vastidão do universo? Se a terra poderia desapparecer do concerto immenso dos corpos celestes, despercebida para muitos e sem a minima quebra da harmonia de todos,—porque tambem não poderia o homem extinguir-se com o seu planeta, sem lançar a minima perturbação na ordem dos seres creados? Onde está pois a sua supremacia?

A vaidade ou o orgulho inspirou ao homem a singular idéa de ser o mais perfeito dos entes da terra. O certo, porém, é que elle é um animal distincto, nem mais perfeito, nem mais imperfeito do que o menor infusorio. Qual é portanto a medida, segundo a qual elle gradúa a escala da perfeição? Será porventura a chamada *luz divina*, *faisca celeste*, e todas as mais phrases do uso?..

Er nennt's Vernunft und braucht's allein
Um thierischer als jedes Thier zu sein.

« Elle a chama *razão*, e comtudo só a emprega para ser mais animal do que outro qualquer animal. »

Importa enfim atirar para o meio dos ferros velhos estas doutrinas que cheiram a *incenso*... Pelo que toca pessoalmente a Deus, ao Deus de nossos pais e do povo a que pertencemos,—com o devido respeito:—nós o pomos fóra do templo da sciencia, ainda que o admittamos como objecto de poesia e de amor no templo da religião. Dá-se com Deus, na esphera scientifica, pouco mais ou menos o que se dá, na esphera politica e social, com os poderosos da terra. Assim como estes fazem pender para o seu lado a balança da justiça, elle faz a logica ser indifferente ao sacrificio da verdade. Desde que Deus é hospede da sciencia, como póde ella dizer cousa alguma que o offenda, ou tomar attitude contraria ao Senhor dos exercitos?

A crença na origem divina do homem é um dos muitos residuos, que existem dos primordios da cultura humana; é um *survival*, como diria Tylor, semelhante ao do *dominus tecum*, ainda hoje inconscientemente repetido, no ponto de vista antiquissimo dos que acreditavam que o *espirro* importava sempre a entrada de um *bom* ou a sahida de um *mau* espirito no corpo do individuo. Sobre qual seja, porém, a sua verdadeira procedencia as pesquizas modernas não são unanimes; mas isto não embaraça a marcha das sciencias, que têm base anthropologica, ás quaes só interessa deixar estabelecido que o homem não é « um anjo decahido, que se lembra do céo.»

Quanto á questão ardente da origem *pitheciana*, não é aqui lugar de aprecia-la. Em todo o caso, pensamos com Schleiden que a indignação moral com que muitas pessoas repellem qualquer parentesco da nossa especie com a dos macacos, é altamente comica. Resumem tudo a tal respeito as segnintes palavras de Claparéde :— « Je suis de l'avis qu'il vaut mieux être un singe perfeccionné qu'un Adam dégenéré. »

II

Lei geral do movimento e desenvolvimento de todos os seres

O largo e fecundo estudo das sciencias naturaes tem exercido sobre os nossos tempos uma influencia poderosa. Steffens disse : — « as ideias religiosas do homem descançam em ultima analyse sobre as suas intuições a respeito da natureza. » Elle podia ter dito : — não só as religiosas, como tambem as philosophicas, politicas, sociaes, em uma palavra, todas as que tocam, de longe ou de perto, á direcção da vida.

Com effeito, que favores não são devidos á geologia, á astronomia, á chimica e á optica, por suas imponentes e significativas conquistas ! .. Ellas ensinaram-nos a encarar de sangue frio as mais vertiginosas alturas do pensamento, e nos habituaram ás conjecturas mais ousadas. Com razão diz Emerson : — « o religionario acanhado não póde impunemente estudar astronomia, pois que o *credo* da sua egreja se desfaz como uma folha secca ante a porta do observatorio ; um ar novo e sadio refresca o espirito e eleva a sua capacidade inventiva. »

Perguntando agora a que se devem attribuir tamanhos progressos das sciencias naturaes, a resposta não é duvidosa : — ao rigor do seu methodo, á simplificação das suas leis.

E' possivel, é mais plausivel, mais scientifico mesmo, que o universo não tenha sido, como disse Newton, feito de um jacto ; mas o certo é que tudo parece dominado por uma só força. A massa é como o atomo : — a mesma chimica, a mesma gravitação, as mesmas condições. Os asteroides são fragmentos de uma velha estrella, e um meteorolitho o fragmento de um asteroide. Um espirito sagaz, por uma unica observação, descobre a lei com seus limites e suas harmonias, como o pastor, por meio de um só rasto, conhece o seu rebanho. Explicando-se o sol, explicam-se os planetas, e *vice versa*.

Toda pluralidade quer resolver-se em unidade. Tudo mostra uma tendencia ascensional. A fórma inferior

aponta para a superior, a superior para a suprema, desde os mais exiguos portadores da vida, desde o radiolado, o mollusco, o amphibio, o vertebrado, até ao homem, como se todo o mundo animal fôsse sómente um museu destinado a apresentar a genese da humanidade.

E neste ponto de vista, unicamente nelle, é que o velho bastão do sabio, a nua realidade, o ramo secco dos factos, reverdece e deita flores ; a sciencia assume um caracter poetico. Quando ella tinha a pretenção de explicar um reptil ou um mollusco, isolando-o, — era como se pretendesse achar a vida nos cemiterios. Mollusco, reptil, homem, anjo mesmo, se quizerem, só existem, no *systema*, no *parentesco*. Toda fórma animal ou vegetal é um passo inevitavel pelo caminho da força creadora.

O attractivo da chimica repousa principalmente na convicção de ter da materia uma massa igual, mas sem o minimo vestigio da fórma primitiva. O mesmo succede com as transformações animaes, por exemplo, com a larva e a mosca, o ovo e a ave, o embryão e o homem. Dest'arte vêmos que todas as cousas se desvestem, e da sua antiga fórma escorregam para uma nova ; que nada permanece estavel, senão aquelles fios invisiveis, que chamamos leis, e a que tudo se acha ligado.

Como a lingua se encerra no alphabeto, assim a natureza, o jogo das suas forças, encerram-se no atomo. Que significação tem tudo isto ? Qual a *moralidade* que transluz deste immenso apologo do universo ?

E' a questão eterna da metaphysica, da poesia e da religião. Não nos incumbe resolvel-a. O unico sentido superior que se nos deprehende da observação do mundo, é que tudo parece penetrado de um pensamento homogeneo ; e quasi podiamos affirmar com o Carlyle americano, acima citado ;—« Ha sómente *um* animal, *uma* planta, *uma* materia, *uma* força. Pesando esta monstruosa *unidade*, o indagador nota que todas as cousas na natureza, animaes, montanhas, rios, estações, arvores, pedras, ferro, vapor, — se acham em mysteriosa relação com o seu proprio pensamento e com a sua propria vida. »

Assim é certo que tudo se transforma, excepto a transformação mesma, que tem a constancia da lei ; e

como o processo transformistico se reduz, em ultima analyse, á passagem de um estado a outro estado, ha razão para dizer que tambem tudo se move. Mas o que é o *movimento*? E' a mudança original, que repousa no fundo das de mais mudanças da natureza. Todas as forças elementares são forças *moventes*, e o alvo supremo das sciencias naturaes consiste justamente em achar os movimentos ou os principios motores, que servem de base a todas as outras mudanças.

Pelo caminho da analyse, procurando remontar ás simples causas fundamentaes, póde tudo na natureza ser induzido sob o conceito do movimento. Até hoje, é verdade, só em poucos dominios scientificos tem sido possivel reduzir os phenomenos naturaes a vibrações e abalos de um caracter determinado. Chegaram a esse ponto sómente a astronomia, a acustica e a optica. Nada obsta, porém,que a conquista vá mais longe.

Os phenomenos do universo, ao menos os que cahem sob os nossos sentidos, por mais incongruentes que pareçam entre si, são todos reductiveis, como fracções differentes a um mesmo denominador. Este denominador é o movimento. Uma ligeira prova,—e a these será facilmente comprehendida. Eis aqui: — os astros *brilham*, as flores *desbrocham*,, o vento *silva*, o mar *estúa*, o raio *fusila*, o leão *ruge*, as aves *cantam*, o sol *abraza*, o sangue *circula*, o coração *palpita*,—tudo isto: *brilhar*, *desbrochar*, *silvar*, *fusilar*, *rugir*, *cantar*, *abrazar*, *palpitar*, e o mais que não se sujeita a uma enumeração, — é um complexo de phenomenos *kineticos* ou fórmas de *motilidade*.

Que influencia não exercem sobre os seres telluricos a luz e o calor solar?!... Tyndall disse: — « as forças inherentes ao nosso mundo, os thesouros repletos das nossas minas de carvão, nossos ventos e nossos rios, nossas frotas, exercitos e canhões são produzidos por uma pequena parte da força viva do sol, que aliás não monta, nem se quer $\frac{1}{2,300,000,000}$ da força inteira. »

Que é, porém, essa força viva? Ou seja luz, ou calor, ou magnetismo, ou electricidade, — unicamente força *motriz*.

O conceito do movimento, considerado assim como a expressão mais simples da immensa variedade dos phenomenos naturaes, dá lugar a uma intuição scientifica do mundo, que é exacta no seu principio, no seu ponto de partida, — a existencia de uma só lei, — mas torna-se inacceitavel, quando antecipa as suas conclusões e pretende sustentar que a explicação mecanica abrange a totalidade dos factos, que não ha excepção possivel.

E' a doutrina haeckeliana, é o *monismo* naturalistico do sabio professor de Jena. Mas não podemos conformarnos com ella. A' intuição monistica de Haeckel achamos preferivel a do philosopho Noiré, que nos parece dar me lhor conta da realidade das cousas.

Com effeito, o monismo de Noiré, que póde ter o nome de monismo philosophico em opposição ao naturalistico de Haeckel, assenta em base mais larga. A sua ideia directora é que o universo compõe-se de atomos, inteiramente iguaes, que são dotados de duas propriedades, — uma interna, o *sentimento*,—e outra externa, o *movimento*. Bem como os atomos, o sentimento e o movimento, que lhes são inherentes, são tambem originariamente iguaes. Destas duas propriedades originarias, inseparaveis, resulta todo o *desenvolvimento*, ou antes, o que se chama *desenvolvimento*, é a somma ou o producto de ambas; de modo que todo e qualquer desenvolvimento é reductivel á uma modificação do *movimento*, mas tambem, e ao mesmo tempo, todo e qualquer desenvolvimento é reductivel a uma modificação do *sentimento*. (2)

A cousa não é facil como a *taboada*; mas nem por isso deixa de ser comprehensivel e digna de acceitação. O que o monismo, em falta de expressão mais apropriada, chama *sentimento*, não é diverso do que Schopenhauer chamou *vontade*, nem mesmo estaria longe de poder

(2) Qualquer senhor, mestre ou discipulo, que não tiver cultura ou pelo menos leitura philosophica sufficiente, faria bem em abster-se de dar juizos decisivos sobre taes assumptos, com que tem tido a felicidade de não estragar o seu talento. Acceite *in limine*, como um crente, ou regeite *in limine*, como um descrente; não lhe cabe outro direito.

substituir-se pela palavra *espirito*, se a velha philosophia não nos tivesse habituado a formar do espirito uma ideia falsa, na qual assenta o erro do *dualismo*.

As duas propriedades referidas, posto que inseparaveis, — com o andar dos tempos, isto é, dos seculos de seculos, ou millennios de millennios, — chegam ao ponto de manterem-se entre si n'uma razão inversa: — ao *maximum* de movimento corresponde o *minimum* de sentimento, e *vice-versa*. E' a differença que vai do mundo anorgano ao mundo organico superior.

O monismo philosophico é conciliavel com a *teleologia*, não tem horror ás *causas finaes*; ao passo que o naturalistico só admitte as *causas efficientes*, e crê poder com ellas fazer todas as despezas de explicação scientifica.

E' ahi que nos separamos do grande mestre de Jena. O *mecanismo*, já o dissera Kant, não é sufficiente para dar a razão dos productos organicos ; em ralação á forma dos organismos ha sempre um resto *mecanicamente inexplicavel*. Ora, esta inexplicabilidade mecanica augmenta gradualmente, á proporção que os organismos são mais desenvolvidos e as funcções mais complicadas ; por conseguinte, quando se atravessa toda a serie de seres organisados, e chega-se a formações superiores, como o homem, a familia, o Estado, a sociedade em geral, o *mecanicamente inexplicavel* já não é um resto, mas quasi tudo. O que ha de *restante*, exiguamente *restante*, é a parte do mecanismo, a parte do movimento.

Eis porque, tratando-se da lei geral do movimento, importa addicionar-lhe a do desenvolvimento. A these :— *tudo se move*, — é verdadeira, porém de uma verdade parcial, que é preciso completar e esclarecer por esta outra:—*tudo se desenvolve*. E o caminho que leva o desenvolvimento dos seres, diz Noiré, é a constante elevação do *sentimento*, da propriedade interna dos mesmos seres. Esse caminho nos conduz da primeira esphera de nevoa do nosso systema solar á formação da terra ; d'ahi aos primeiros elementos de materia animal ; d'ahi ao primeiro homem, para chegar emfim á humanidade hodierna, que é

propriamente o que interessa ao nosso estudo. Um immenso caminho, sem duvida, mas o moderno pensamento philosophico não conhece outro. (3)

III

A sociedade é a categoria do homem como o espaço é a categoria dos corpos

Na linguagem philosophica, a palavra *categoria* é empregada no sentido de uma fórma, um *schemma* do pensamento, ou uma condição *á priori*, sem a qual não ha conhecimento possivel.

Em rigor, e de accôrdo com a philosophia kantesca, o *espaço* não entra propriamente na *taboa* das categorias; é uma das duas fórmas puras e originaes, em que a razão molda todo o material sensivel. A outra é o *tempo*. Mas não havemos mister desse rigor. O que serve aqui ao nosso fim, é a idéa de que, assim como os corpos não podem ser percebidos, quer em todas, quer em parte das suas propriedades, senão occupando um espaço,—do mesmo modo o homem, o homem do direito, da sciencia que nos occupa, não póde ser *pensado*, estudado, analysado, senão sob o schemma *social*, como membro de uma sociedade.

Não nos interessa, nem viria a proposito, agitar o problema da *ideialidade* ou *realidade* do espaço, e saber quem tem razão, —se Helmoltz, de um lado, ou Stuart Mill e Bain, de outro; se os *nativistas* ou os *empiristas;* porém dado que entrassemos nesse assumpto, o termo de comparação não perderia o seu valor. Segundo Kant o espaço tem ao mesmo tempo uma *ideialidade transcendental* e uma *realidade empirica*. Sob uma semelhante *dupla* face, tambem a sociedade se offerece á nossa apreciação: —a face *real*, que entra no dominio da sciencia,

---

(3) O autor destes estudos ousa perguntar: — se os novos Estatutos das Faculdades de direito exigem como preparatorio o estudo da *zoologia*,— se a *zoologia* está cheia dos nomes de Darwin e Haeckel,— se a philosophia, sem abdicar a sua independencia, procura utilisar-se dos dados zoologicos, naturalisticos, em geral,—não é pôr-se de accôrdo até com o pensamento do governo, fazer preceder ao estudo do direito essa nova ordem de ideias?...

que póde ser objecto de estudo, e a face *ideial*, que é uma mera condição formal, aprioristica de todos os phenomenos ethicos e juridicos. Isto não é indifferente para a questão da existencia ou não existencia de uma sociologia, que entretanto pomos de lado, por ser alheia ao ponto. (4)

Parece, á primeira vista, que a these do programma distôa das antecedentes, e quasi que se resente de um pouco de anachronismo. Não é sómente o homem que apresenta caracter social; a sociabilidade póde tão pouco servir de differença especifica na definição do ente humano, quão pouco póde, por exemplo, a faculdade de *respirar por pulmões*, que é commum a todos os mamiferos, como é commum a muitos animaes o viverem associados.

Mas a questão é outra. A sociedade, de que se trata, não é a *natural*, cuja observação e analye pertence á zoologia.

Quando ainda no estado primitivo, o homem procedia em tudo como animal, só obedecendo ao principio da lucta physica pela existencia. É certo que já nesse estado originario da sociedade humana, qualquer grupo social, ou fôsse composto de uma familia, ou de um tronco, logo que os individuos se reuniam a formar um todo, portava-se como um organismo, dotado de forças communs, e buscando attingir um alvo commum.

Mas tambem o reino animal nos mostra uma igual reunião de individuos, que vivem uns com outros e se nutrem, sob a observação da lei da divisão do trabalho. Semelhantes aos homens associados, esses animaes desenvolvem, por meio de reciprocos reflexos e sympathias nervosas, instinctivos impulsos, conceitos e necessidades communs. Em monstruosos corpos de exercito elles emigram, sustentam guerras entre si e com inimigos externos,

---

(4) Ainda outra analogia, que se póde tirar da definição do espaço dada por Herschel: « *space in its ultimate analysis is nothing but an assemblage of distances and directions.* » —A sociedade será tambem, em ultima analyse, outra cousa mais do que uma rennião de distancias e direcções? Que é, no fundo do seu conceito, a chamada *sociedade humana,* senão isto mesmo?

aniquilam os seus adversarios com as suas habitações, ou reduzem á escravidão especies aparentadas. As ultimas observações sobre o modo de vida das abelhas, e particularmente das formigas, chegaram, neste assumpto, ás mais sorprehendentes descobertas.

Entretanto não exageremos o sentido dos factos. No reino animal, todos esses phenomenos não se elevam ácima do estado primitivo. Depois que o desenvolvimento social tem attingido um certo gráo, ahi fica estacionado, senão é que algumas vezes toma uma marcha regressiva. Entre os vertebrados superiores mesmos o combate pela vida não passa de um combate puramente physico a um social. As sympathias permanecem instinctivas ; as guerras têm sempre como resultado, mediato ou immediato, a completa destruição do inimigo.

A sociedade do homem tem outro aspecto. Ella é ao mesmo tempo uma causa e um effeito da propria cultura humana. No reino animal, os individuos, quasi exclusivamente, só podem reunir-se uns com outros pelo caminho das relações sexuaes, e isto mesmo nos gráos mais proximos de procedencia congenere. Ao contrario, o homem póde unir-se com os seus iguaes, sem attenção ás distincções de raça ou de nacionalidade, não só por aquelle caminho, mas tambem e sobretudo pela reciprocidade social

Não raras vezes, em um mesmo lugar, convivem duas, tres e mais nacionalidades, fallando linguas diversas e até pertencendo a religiões differentes, sem que por isso deixem de formar um todo politico *firme* e *compacto*. Isto porém só é proprio da especie humana.

O instincto do trabalho, da actividade economica, leva algumas especies animaes a constituirem associações, que aos olhos do naturalista parecem miniaturas de monarchias ou de republicas. E' o que se observa, por exemplo, nos *formigueiros* e nas *colméas*. Mas é digno de nota que ahi a sociedade não reage benficamente sobre os seus membros. A abelha de hoje não sabe compor o seu mel com mais habilidade do que a abelha de Virgilio. O caracter distinctivo da associação humana está justamente nessa reacção do todo sobre cada uma

das partes d'onde resultam as mudanças e melhoramentos ulteriores.

Gœthe já tinha dito : —«O olho é um producto da luz.» —A verdade desta sentença a respeito de todos os orgãos vegetaes e animaes, tem sido plenamente demonstrada pelos progressos da biologia moderna. Com igual justeza póde-se tambem dizer que os orgãos nervosos superiores do homem são o producto da sociedade. Tudo que constitue o homem de hoje, o homem do *direito*, da *moral*, da *religião*... é um producto social.

Assim quando Lazarus Geiger disse : « A lingua creou a razão » —poder-se-hia accrescentar : —e a sociedade creou a lingua. Mas sem lingua e sem razão não se concebe a vida humana ; logo esta só é tal, só póde ser tal no seio da sociedade.

IV

Impossibilidade de uma sociologia como sciencia comprehensiva de todos os phenomenos da ordem social.

Se para justificar o nome de sciencia, attribuido á esta ou áquella especie de conhecimentos, bastasse allegar que desde antigos, antiquissimos tempos, philosophos e pensadores de primeira grandeza tentaram dar a esses conhecimentos um caracter scientifico, procurando organisal-os e reduzil-os á systema, a *sociologia* ou a sciencia da sociedade seria ao certo uma das mais autorisadas.

Porquanto, com a primeira reflexão que o homem fez sobre a *origem das cousas*, surgio tambem a primeira reflexão que elle fez sobre a *ordem das cousas*. E' o começo de toda a philosophia. Diz bem Eduardo Lasker : —uma *genetica* e uma *ethica* são as fórmas primitivas do saber humano ». — A mesma necessidade que levou o homem a indagar das causas geradoras do universo, o impelliu tambem para a pesquiza de regras ou de principios directores da vida social.

Póde-se até affirmar que a *ethica* precedeu á *genetica*, no sentido de que, bem antes que os espiritos reduzissem á fórma scientifica os seus conhecimentos sobre a natureza, já havia uns vislumbres de sciencia pratica. A epoca dos Anaxagoras e dos Democritos veio depois da dos Cleobulos e dos Thales. A sabedoria *gnomica* dos *sete sabios* antecedeu ás especulações metaphysicas das escolas gregas. As sentenças ou *maximas*, que se lhes attribue, são inducções baseadas na observação dos factos e relações sociaes. Assim, quando Pittaco dizia: —*pondéra bem o tempo*; ou Cleobulo aconselhava:—*moderação em tudo*; ou Periandro de Corintho:—*reflectir, antes de obrar*,—eram os primeiros lineamentos de uma sciencia futura, que sob o nome de *politica*, ou de *sociologia*, ou sob outro qualquer titulo, havia ainda de pretender entrar no conhecimento das leis que regem a sociedade humana, e assim contribuir para a sua melhor direcção. (5)

Entretanto a cultura hellenica proseguio na sua marcha. Com a revolução operada por Socrates, a sciencia da natureza ou a *physica*, isolou-se da sciencia do homem ou *philosophia* propriamente dita, que passou a ser *metaphysica*. A' esta incorporou-se a sciencia de Deus, bem como a da sociedade. Todos os grandes systemas philosophicos fizeram sempre a sua parte de sociologia. Platão e Aristoteles foram tambem sociologos. Mas o que ha emfim

---

(5) Não ha exagero em dizer que ainda hoje a *paremiologia* ou sciencia dos proverbios é a mais alta expressão da *sociologia*; em materia de experiencia da vida social, o espirito humano não poude ir além dessas *formulas*, que encerram por assim dizer a quinta-essencia da observação quotidiana de innumeras gerações. Fóra das *paremias*, propriamente ditas, póde-se affirmar que todas as proposições geraes, que se referem á vida dos homens em sociedade, e que não pertencem á uma sciencia ja organisada e reconhecida, são outras tantas *theses sociologicas*; de modo que, ainda actualmente, os orgãos *natos*, os maiores representantes da *sociologia*, são os jornalistas, os oradores publicos, os tribunos populares. Não é preciso mais nada, para bem caracterisar a pretendida sciencia. Quando o jornalista diz, por exemplo:—« os povos têm o seu *dies iræ*, que faz os thronos e as corôas rolarem no pó—; ou o orador e tribuno popular:—« a liberdade é como o Christo, morre, mas resuscita »—onde acham elles todos esses principios, todas essas proposições dogmaticas? N'uma sciencia feita? Não:—em uma sciencia sempre por fazer, e que cada um vai fazendo a seu modo:—a *sociologia*.

de realmente assentado, depois de tantos seculos de observação e de estudo, no que toca a uma verdadeira *sciencia social?* Cousa nenhuma

Os sociologos modernos não desconhecem esta verdade; porém buscam enfraquecel-a pela consideração da impropriedade do methodo, até hoje applicado á sociologia, que elles julgam dever sujeitar-se aos mesmos processos logicos das sciencias naturaes, para tornar-se então effectivamente capaz de resolver o seu problema.

Não deixam de ter razão os que assim accusam as velhas tentativas sociologicas de vaguidão especulativa e inanidade metaphysica; mas nem por isso é menos censuravel a illusão em que laboram, quando pensam remediar o antigo mal com a simples mudança de methodo. A questão principal não é de methodo, mas de objecto. A sociologia não tem um, que possa ser regularmente observado. Se ella pretende alguma cousa séria, é sem duvida abranger no seu circulo de observação a totalidade dos phenomenos sociaes e descobrir as respectivas leis. E' pelo menos o que diz Lilienfeld, um sociologo allemão:— « Estado, egreja, sciencia, arte, vida communal, direito, força, liberdade social, não são especulações, porém realidades, como a fórma e o movimento dos corpos. A sociologia não póde negar, nem deixar despercebidas essas realidades; ella deve procurar inquiril-as e explical-as. »

Mas isto será possivel? Não nos paguemos de palavras vans. O positivismo nos falla de uma *statica* e de uma *dynamica* social, aquella comprehendendo as leis da existencia, e esta as leis do desenvolvimento da sociedade; porém a pergunta surge espontanea: — que sociedade? A humana por certo.

Mas a phrase—*sociedade humana*—não passa de *phrase*, ou é simplesmente a *somma* dos mil e quatrocentos milhões de terricolas. No sentido juridico, moral, religioso, politico e até economico ou commercial mesmo, não tem valor nenhum.

Se, porém, o objecto da sciencia não é a sociedade em geral, mas esta ou aquella, geographica e historicamente determinada, não diminuem por isso as difficuldades de observação, e accresce que teriamos tantas

sociologias, quantos são os grupos sociaes, que mostram um caracter distincto e um desenvolvimento mais ou menos homogeneo, ou sejam raças, ou povos, ou Estados,—o que aliás não merece uma refutação.

A divisão das condições da vida social em *staticas* e *dynamicas* é bellamente symetrica, e não deixa de ter o seu fundo de verdade. Mas a sciencia não vive da symetria, do architectonico das suas divisões; antes de tudo, ella vive de factos. O saber que taes condições existem, é um bom principio regulador; mas nada aproveita, emquanto não se sabe quaes e quantas são ellas, como se determinam o seu valor e a sua reciproca influencia.

Este conhecimento é impossivel.

Não obstante a improficuidade dos seus esforços, os sociologos continuam a gastar papel e tinta. Um insigne d'entre elles, o physiologista francez Gustave Le Bon, não tem a minima duvida sobre as justas pretenções da tal sciencia. No empenho de sustental-as, elle apresenta quatro hypotheses, unicas possiveis, de explicação dos phenomenos sociaes, e excluindo as tres primeiras, que julga inacceitaveis, só deixa de pé a ultima, que é justamente a sua these. Eil-as:—1°, um poder superior, chamado Deus ou providencia, dirige a seu bel-prazer as acções dos homens; 2°, os acontecimentos são o resultado do acaso; 3°, os acontecimentos são a consequencia das vontades humanas; 4°, os acontecimentos representam uma cadeia de necessidades, estreitamente ligadas, e trazem em si as causas de sua evolução fatal.

Dividida assim a questão em quatro pontos de vista, apparentemente irreductiveis, nada mais facil do que escolher um delles e tirar então por meio da logica as consequencias desse presupposto.

Mas o erro é evidente. A separação exclusiva dos membros da divisão não tem assento nos factos; é puro trabalho especulativo,—um resultado de analyse, que procede por abstracção. Concedendo-se ao espirito scientifico, ao desabusado espirito do tempo, que Deus seja banido da historia, que seja um ingrediente inutil na mecanica social, nem por isso os outros tres factores deixam de poder co-existir. A quem, pois, dissesse que

a sociedade se mantém pela combinação de uma triplice ordem de phenomenos,—como provar o contrario?

E em quanto não se demonstrar que o *acaso* é de todo uma palavra sem sentido, e que as vontades humanas são forças naturaes, são simples *forças motrizes*, como o calor ou a electricidade,—o que vale a *sociologia*? Certamente nada.

A questão do *acaso* é mais séria do que se suppõe. Carlos Ernesto Baer o define:—um acontecimento que coincide com outro, sem achar-se preso a elle por nenhum nexo cauzal. Lazarus Geiger diz que o *acaso* está entretecido e indissoluvelmente ligado com tudo que se desenvolve. Noiré é desta mesma opinião. E, bem ponderado, é difficil não abraçal-a.

Com effeito, a sociedade e a natureza apresentam quotidianas coincidencias, cuja explicação não póde ser dada por nexos causaes. Como, porém, o espirito humano sente a necessidade de ligar todo phenomeno a uma causa, elle transporta muitas vezes esta lei do pensamento a dominios, onde ella não vigora, e dahi resulta uma porção de contrasensos, que ainda hoje perturbam a marcha regular da indagação scientifica. A superstição e a crença no milagre descendem, em grande parte, dessa conversão arbitraria do *casual* em *causal*.

E' bem sabido como a logica do povo continúa a amarrar á cauda dos cometas a peste, a guerra, e em geral todas as calamidades, que por ventura depois delles appareçam na terra. Quanto são, porém, infundadas estas e outras iguaes crenças, basta a seguinte consideração para mostral-o. Supponhamos que uma estrella,—e a hypothese não é gratuita,—que a estrella *Alcyone*, por exemplo, de repente desapparecesse do céo; mas tambem supponhamos que esse facto viesse immediatamente depois de um grande acontecimento humano:—a destruição de um vasto imperio, a queda do papado, ou outro qualquer successo notavel. Proclamada a morte da estrella pela extincção da sua luz, qual seria o crente que não visse no desapparecimento do astro um indicio da cholera divina, motivada ou causada pelo facto dado no mundo?

Entretanto é certo que, se isto por ventura acontecesse no correr do anno vigente, a estrella em questão nada tinha que vêr com as cousas que figurámos, pela simples razão de já haver morrido ha seculos. O ultimo alento vital exhalado por ella teria sido em 1312, pois que a sua luz gasta não menos de 573 annos para chegar até nos. Não haveria por tanto nenhuma relação de causalidade, e a apparente successão immediata dos dous phenomenos seria um mero acaso.

Como se vê, o *acaso* figura legitimamente na ordem das ideias que tem um conteudo positivo. Não póde, pois, ser de todo eliminado, para deixar imperar somente o puro causalismo das forças naturaes.

Deus mesmo, o obscuro e incognoscivel Deus!... Merece elle com effeito não ser levado em conta pelos architectos do edificio sociologico? A parte que lhe compete no mecanismo da sociedade, é tão nulla, como a que lhe cabe no mecanismo da natureza? Excluido Deus como poder, como força *creadora* de phenomenos naturaes, é facil tambem excluil-o como poder, como força *motivadora* de phenomenos sociaes? Estas questões parecem ter algum valor.

Não é de certo *em nome de Deus,* que os planetas gyram em torno do sol, e as phalenas em torno da luz, que vae queimal-as; não é *em nome de Deus,* que o mar se quebra na praia, ou os rios cahem dos montes, ou a chuva estraga as searas, ou a peste mata os rebanhos. Mas é incontestavel que o homem, em nome de Deus, podendo fazer muita cousa ruim, tambem faz muita cousa bôa. Não é preciso ser devoto para affirmal-o; a sinceridade scientifica obriga a reconhecel-o.

Se pois Deus póde ser posto fóra do universo, como força *real* mediata ou immediatamente efficaz, não póde sêl-o da sociedade, como força *ideial,* que sob a fórma psychologica do *motivo* concorre para um sem numero de acções elevadas, como tambem para um sem numero de acções indignas. Ainda que ideial, é sempre força, aliás não susceptivel de explicação mecanica, e como tal destinada a perturbar os calculos de qualquer sciencia,

que pretenda reduzir os movimentos da dynamica social á exactidão das formulas da dynamica celeste.

Em ultima analyse as quatro hypotheses de Le Bon me parecem quatro pés, indispensaveis todos á marcha da sociedade. Se dentre elles algum se mostra manco e pezado, é a tal *cadeia de necessidades*, pois até hoje, no que toca á vida historica dos povos, não tem passado de um conceito *á priori*, donde a dialectica pode tirar bonitas consequencias theoricas, mas a pratica nada tem haurido de serio e approveitavel.

V

O direito é um producto da cultura humana. Conceito do direito

Dizer que o direito é um producto da cultura humana importa negar que elle seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus posthumos sectarios, uma entidade metaphysica, anterior e superior ao homem.

A proposição do programma é menos uma these do que uma antithese; ella oppõe á velha theoria, phantastisca e palavrosa, do chamado *direito natural*, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte commum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento historico.

Faz-se porém preciso deixar logo estabelecido o que se deve entender por *cultura*, em que consiste o processo *cultural*.

Antes de tudo: — o conceito da *cultura* é mais amplo que o da *civilisação*. Um povo civilisado não é ainda *ipso facto* um povo culto. A civilisação se caracterisa por traços, que representam mais o lado exterior do que o lado intimo da cultura. Assim ninguem contestará, por exemplo, aos russos, aos turcos mesmos, a muitos outros povos do globo, relativamente florescentes, o nome de *civilisados*. Elles têm mais ou menos ordenadas as suas relações juridicas; possuem, pela mór parte,

constituições e parlamentos ; approveitam-se dos progressos da sciencia, da technica e da industria moderna ; seus altos circulos sociaes fallam diversas linguas, lêm obras estrangeiras, vestem-se conforme a moda novissima de Paris, comem e bebem, segundo todas as regras da polidez. Porém não são *povos cultos*.

Estas ultimas ideias, que nos parecem exactas, tomamol-as de emprestimo a Christiano Muff, um escriptor allemão, mas allemão insuspeito para os espiritos devotos, por ser um dos que trazem sempre no bocca o nome de Deus. Já se vê que o conceito da cultura é muito mais largo e comprehensivo do que se póde á primeira vista suppor. Sem uma transformação de dentro para fôra, sem uma substituição da selvageria do homem *natural* pela nobreza do homem *social*, não ha propriamente *cultura*.

Quando pois dizemos que o direito é um producto da cultura humana, é no sentido de ser elle um effeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade ; processo que começou com o homem, que ha de acabar sómente com elle, e que aliás não se distingue do processo mesmo da historia.

Determinemos melhor o conceito da cultura. O estado originario das cousas, o estado em que ellas se acham depois do seu nascimento, emquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com a sua intelligencia e a sua vontade não influe sobre ellas, e não as modifica, esse estado se designa pelo nome geral de *natureza*.

A extensão desta ideia é constituida por todos os phenomenos do mundo, apreciados em si mesmos, conforme elles resultam das causas que os produzem, e o seu caracteristico essencial é que a *natureza* se desenvolve segundo leis determinadas e forças que lhe são immanentes ; não se afeiçôa de accordo com fins humanos. Quando isto porém acontece, quando o homem intelligente e activo põe a mão em um objecto do mundo externo, para adaptal-o a uma ideia superior, muda-se então o estado desse objecto, e elle deixa de ser *simples natureza*.

E' assim que se costuma fallar de riquezas *naturaes* e de productos *naturaes*, significando alguma cousa de anterior e independente do trabalho humano (6). Mas o terreno em que se lança a bôa semente, a planta que a mão do jardineiro nobilita, o animal que o homem adestra e submette a seu serviço, todos experimentam um cultivo ou *cultura* refreadora da indisciplina e selvageria natural. A *cultura* é pois a antithese da *natureza*, no sentido de que ella importa uma mudança do *natural*, no intuito de fazêl-o bello e bom. Esta actividade nobilitante tem sobretudo applicação ao homem. Desde o momento em que elle põe em si mesmo e nos outros, sciente e conscientemente, a sua mão aperfeiçoadora, começa elle tambem a abolir o estado de natureza, e então apparecem os primeiros rudimentos da vida cultural.

Vem aqui muito a proposito as seguintes palavras de Julio Fröbel: « A cultura em opposição á natureza é o processo geral da vida, apreciado, não segundo a relação de *causa e effeito*, mas segundo a de *meio e fim*. Ella é o desenvolvimento vital, pensado como *alvo*, e até onde chegam os meios humanos, tratado tambem como *alvo* ;— é a vida mesma considerada no ponto de vista da *finalidade*, como a natureza é a vida considerada no ponto de vista da *causalidade*. »

Eis ahi. No immenso mecanismo humano, o direito figura tambem, por assim dizer, como uma das peças de *torcer e ageitar*, em proveito da sociedade, o homem da natureza, bem ao contrario do que pensava Rousseau, para quem tudo consistia... *à ne pas gâter l'homme de la nature, en l'appropriant á la societé*.

O direito é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa dos seus membros, como meio de attingir

---

(6) Os fabulistas do *direito natural* mal comprehendem que fazem delle um irmão dos *fructos* que se colhem nas selvas, ou do *ouro e prata* que se extraem das minas, ou até dos mariscos que se apanham na praia!... O *direito natural* vem a ser, segundo elles, o direito sem mistura de realidade positiva, considerado em sua pureza original; uma especie de *direito em pó* ou de *direito* em *barra*, que vai sendo pouco a pouco reduzido á obra... Não ha maior contrasenso.

o fim supremo, — e o direito só tem este, — da convivencia harmonica de todos os associados. D'ahi vem o dizer von Ihering que o *fim* ou o *alvo* é o creador de todo o direito. Nenhum intuito juridico, por mais elevado que seja na escala evolucional, que não tenha um caracter finalistico, ou um resto da fórma primitiva do interesse e utilidade commum.

Este modo de conceber o direito como um resultado da cultura humana, como uma especie de *politica da força* que se restringe e modifica, em nome sómente da sua propria vantagem; esta concepção do direito, não como um presente divino, mas como um invento, um artefacto, um producto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo,—esta concepção ainda conta presentemente decididos adversarios.

São aquelles que viciados por uma pessima educação philosophica habituaram-se a ver no *direito* e na *força* duas cousas de origem inteiramente diversa, ou dous poderes, como Arihman e Ormuzd, que disputam entre si o primado sobre a terra; quando a verdade é que o pio Ormuzd do direito e o fero Ahriman da força constituem um mesmo ser; Ormuzd não é mais do que Arihman nobilitado. Disse-o tambem Rudolf von Ihering.

E é digno de ponderar-se: os sectarios de um direito, *filho do céo*, ou *obra da natureza*, os que não podem comprehender que o homem tenha podido forjar a sua propria cadêa, creando regras de convivencia social,— estão no mesmo pé de simplicidade e lastimavel pobreza de espirito, em que se acha o povo ignorante, quando attribue a causas divinas muita cousa que a final se verifica ser effeito de causas humanas.

Um exemplo basta para confirmal-o. E' sabido como ainda hoje, nas infimas camadas da rudeza popular, mantem-se a velha crença nas *pedras do trovão* ou do *corisco,* que se entranham pela terra *sete braças*, e no fim de *sete annos* voltam á superficie, onde é feliz quem as encontra, porque tem nellas um talisman inestimavel.

Entretanto o progresso dos estudos prehistoricos já chegou a estabelecer como verdade incontestavel que essas pedras são instrumentos de que servíram-se os

homens primitivos. Ainda no começo do seculo passado (1734), quando Mahudel, na academia de Paris, attribuio-lhes uma tal procedencia, foi objecto de escarneo publico. Mas de que se tratava então?... Não era de dar uma origem humana aquillo que se suppunha, sem excepção dos proprios sabios da epoca, *formado nas nuvens e cahido do céo?...* Que differença ha pois entre este e o actual espectaculo em relação ao direito, que o rebanho dos doutores ainda têm na conta de uma ordenação divina?... O futuro responderá. Bem entendido:—o futuro para nós, visto como em outros paizes já o futuro é presente.

Convençamo-nos por tanto: o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social,—a vida pela coacção, até onde não é possivel a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existencia do direito são uma consequencia da imperfeição do nosso estado. O seu melhor conceito scientifico é o que ensina o grande mestre de Göttinge:—« o conjuncto de condições existenciaes da sociedade *coactivamente* asseguradas ». Se ao epitheto *existenciaes* addicionarmos—*evolucionaes*, —pois que a sociedade não quer sómente *existir*, mas tambem *desenvolver-se*,—ahi temos a mais perfeita concepção do direito.

VI

O direito como ideia e sentimento: psychologia do direito. O direito como força: physiologia e morphologia do direito.

Ha muito que se costuma dividir o direito em *objectivo* e *subjectivo*: mas nunca se reflectio bastante sobre o valor de cada um destes membros da divisão.

Designa-se por direito *objectivo* o conjuncto de regras ou de principos, estabelecidos e manejados pelo Estado, que tem por fim a ordem legal da vida; e por direito *subjectivo* o cunho da regra abstracta, constituindo uma autorisação concreta da pessoa.

São exactas estas definições. Mas dado até de barato que se definam de outra maneira aquellas duas

faces do direito, aquelles dous unicos modos de comprehende-lo e aprecia-lo, — o que fica fóra de duvida é que o direito *subjectivo* indica sempre alguma cousa de pessoal, de caracteristico e inherente á personalidade humana.

E quando bem se attende que o termo— *subjectivo*— foi tomado de emprestimo á technologia philosophica, onde elle tem um sentido determinado, significando tudo que pertence ao mundo interior, ao mundo da consciencia, — facilmente se chega a perguntar, se tal *subjectividade* não vai até aos dominios da psychologia propriamente dita; se além da *facultas agendi* ou do «cunho da regra abstracta, que constitue uma autorisação concreta da pessoa»—o direito não é ainda objecto de observação interna, uma fórma ou um dado psychologico, emocional e mental, que abrange muito mais do que uma simples faculdade de agir.

Tal foi e tal é o pensameuto do programma. Assim como se falla de uma psychologia da *musica*, de uma psychologia da *religião*, e até mesmo de uma psychologia do *amor*, no sentido de estabelecer o que se passa no espirito a proposito de amor, de religião ou de musica,—assim tambem póde se fallar, e com igual significação, de uma psychologia do direito (7)

Ainda hoje se diz dos antigos romanos, que elles tinham em alto gráo *o senso juridico* da mesma fórma que se attribuie aos italianos o *senso musical*, o *senso artistico*, aos judeos o *senso religioso*, etc. O que é verdade a respeito dos povos ainda mais se accentùa a respeito dos individuos.

O senso juridico individual é um facto psychologico, de observação quotidiana. Elle se manifesta de dous

---

(7) Não vão por ventura suppor que fazemos o direito irmão da musica. E' uma simples comparação de que nos servimos para esclarecer o nosso pensamento. Entretanto permita-se-nos observar que não deixaria de ser um problema historico muitissimo importante a indagação das causas, pelas quaes o povo do *corpus juris*, o povo d'onde sahiram os Pomponios e os Paulos, passou á ser o povo dos Palestrinas, dos Lattis, dos Cherubinis e outros. Mas repetimos que não queremos igualar o direito á musica ou religião. Os illustres *voluntarios da ignorancia*, que riem-se de tudo, que elles não comprehendem,—não esperdicem o seu desdem; reflictam um pouco e verão que a cousa é muito simples.

modos :—pelo sentimento do proprio, e pelo sentimento do direito alheio. O primeiro é uma das bases do caracter; o segundo uma das fontes da virtude. Ser justo não é mais do que sentir o direito dos outros e proceder de accordo com um tal sentimento. Mas este sentimento, que aliás póde elevar-se até á paixão e o enthusiasmo, não existe insolado. Verdadeira ou falsa, clara ou obscura, —ha sempre uma ideia que o acompanha.

Já se vê que não se innova cousa alguma em tratar da *psychologia do direito*, como nada haveria de novo em tratar, por exemplo, da *psychologia da arte*. O direito não é só uma cousa *que se conhece*,—é tambem um cousa *que se sente*.

Mas estes dous momentos psychologicos não exgotam o seu conteúdo ; não basta apprehende-lo como ideia e sentimento nos limites da vida interior ;—o que importa sobretudo é encara-lo como funcção, como actividade, como força. E' o que dá lugar á uma *physiologia* e a uma *morphologia* do direito.

São expressões estas capazes de provocar sèria estranheza. Como se comprehende tal physiologia e morphologia juridica ? A pergunta é natural, e a resposta ainda mais. Comprometto-me a dal-a completa, exigindo apenas um pouco de attenção.

E' geralmente sabido que a palavra *physiologia* sempre foi applicada com a significação de sciencia que se occupa das funcções vitaes, assim como a palavra *morphologia*, que é de data mais recente, emprega-se no sentido de sciencia das fórmas organicas. E qualquer que seja a extensão que se dê a uma e outra, o fundo permanece o mesmo. A physiologia presuppõe a morphologia, como a funcção presuppõe o orgão.

Isto é incontestavel. Pois bem ; vejamos agora o que sae dahi.

Não é de hoje, mas ha muito tempo que as phrases *organisação social*, *organisação politica*, *organisação judiciaria*, e outras semelhantes existem até na linguagem do vulgo. Todo mundo está de accordo sobre o sentido que se lhes attribue. Não são metaphoras vans. Se ellas

querem dizer alguma couza, é exactamente que a sociedade, o Estado, a justiça se nos affiguram como seres, como *todos organicos*, analogos aos demais organismos da natureza.

E essa analogia foi sempre reconhecida pelas melhores cabeças pensantes. Além de Platão e Aristoteles, que são ricos de parallelos a tal respeito, basta lembrar-na antiguidade romana, Menenio Agrippa, que por occasião da *celebre secessio in montem sacrum*, fez o povo voltar ao cumprimento dos seus deveres por meio da frisante comparação das diversas camadas e classes sociaes com os diversos orgãos e apparelhos do corpo humano.

Ora, onde quer que haja uma *funcção*, onde quer que se falle de *funcção*, ahi ha uma physiologia; mas no grande organismo da sociedade as funcções precipuas, essencialmente vitaes, são as funcções juridicas; a *vis organisatrix* do Estado é justamente o direito. Como pois não comprehender que o direito tenha uma physiologia, quando se comprehende que elle tenha as suas funcções? E se a toda physiologia corresponde uma morphologia, como a todo *funccionalismo* corresponde um *organismo*, por que achar inconcebivel uma morphologia do direito? E' muita opiniaticidade. (8)

A psychologia, a physiologia e a morphologia do direito mantêm entre si uma certa relação hierarchica, de modo que a primeira não existe sem a segunda, e esta não existe sem a ultima. Mas a reciproca não é verdadeira. E' possivel a existencia do orgão juridico, separado da respectiva funcção, como tambem a existencia da funcção independente da ideia e sentimento do direito.

As cousas em geral, emquanto appropriadas e acommodadas ás necessidades do homem, são outros tantos orgãos, por meio dos quaes elle funcciona. Até o seu cão e o seu cavallo são projecções da sua actividade, são orgãos

---

(8) Para maior claresa, lembramos ainda as expressões corriqueiras — orgão *da justiça publica, funccionario publico, funcção publica*. Os espiritos desprevenidos acharão nellas mais um argumento em favor de nossas ideias.

do seu direito. A abelha da minha colmêa, que não trabalha para si, mas para mim, é uma irradiação juridica da minha personalidade. Isto é apparentemente estranho, mas no fundo verdadeiro.

A criança no berço, o proprio feto no seio maternal, já não é sómente um orgão, porém um funccionario do direito, ainda que a sua unica actividade, a sua unica funcção juridica, seja a de *viver*. Entretanto faltam-lhe os momentos psychologicos, mental e emocional ; ausencia esta que é a base philosophica da necessidade, reconhecida por todas as nações cultas, da representação tutelar dos menores e desasizados. (9)

Nada mais simples. Desde o martello do operario, mais abaixo ainda, desde o machado do pobre camponio até ao pincel ou o cinzel do grande artista, estende-se a rica variedade do apparelho morphologico do direito, como funcção da vida nacional. A propria penna do escriptor é um instrumento juridico, é um orgão de igual funcção. A terra mesma, com todo o seu armazem de forças, faz parte desse apparelho.

Ha porém a ponderar uma circumstancia notavel. A ordem natural do valor e importancia das cousas, que servem de meios á actividade humana, não é a mesma que a ordem juridica. Assim, a natureza estabelece a serie das cousas *immoveis*, *moveis* e *semoventes*, — para empregarmos a expressão consagrada, pouco mais ou menos como : 1. 2. 3 ; mas o direito a estabelece, em sentido inverso como : 3. 2. 1. — E' certo o que disse Börne que, só pelo facto de viver, um *boi* é melhor do que o mais rico brilhante ;

(9) Estas ideias terão mais largo desenvolvimento no programma n. 13, onde se trata do direito como *uma funcção da vida nacional*. O leitor intelligente não preciza de maiores detalhes para comprehender a justeza das expressães do programma. No emtanto importa observar que podiamos ir muito adiante, e, além de uma physiologia e morphologia, admittir até uma *mecanica do direito*. Isto seria de causar espanto ; mas nós perguntariamos apenas : que é uma força ou uma guilhotina ? Um *instrumento juridico*, — ninguem contestàl-o-ha ; porém de que natureza ? A resposta é decisiva. (Vê bem o leitor que o mallogrado autor deste estudos pretendia leval-os muito adiante. Pretendia desenvolver todas as theses de seu programma, que vae publicado no *Appendice*.)

porém em face do direito, como orgão de funcção economica ou de trabalho, que é tambem funcção juridica, o brilhante vale mais do que o boi.

Adiante voltaremos a este assumpto, que nos parece mais fecundo do que talvez se supponha.

VII

Sciencia do direito : definição e divisão

Uma vez concebido o direito como o complexo de principios reguladores da vida social, estabelecidos e manejados pelo Estado, importa averiguar o que é - e em que consiste a respectiva sciencia.

A vida do direito no seio da humanidade, diz Pessina, requer duas grandes condições para o seu aperfeiçoamento, isto é, a *arte* e a *sciencia*. Chronologicamente a arte antecede a sciencia, porém vae melhorando com o surgir e progredir da sciencia mesma, assim como na vida economica do genero humano, a arte transformadora da natureza precedeu o conhecimento scientifico dos phenomenos naturaes, para depois aproveitar-se das victorias alcançadas com o surgir e progredir de uma sciencia da natureza.

Quando o programma falla de uma sciencia do direito, nem é no sentido das vagas especulações, decoradas com o nome de philosophia, nem no sentido de um pequeno numero de ideias geraes, que alimentam e dirigem os juristas praticos. A sciencia do direito, a que o programma se refere, tem o cunho dos novos tempos ; não consiste em saber de cór meia duzia de titulos do *Corpus juris*, e tam pouco em repetir alguns capitulos de Ahrens, ou qualquer outro illustre fanfarrão da metaphysica juridica.

A sciencia do direito é uma sciencia de seres vivos ; ella entra por conseguinte na categoria da *physiophylia*, ou phylogenia das funcções vitaes. O methodo que lhe assenta é justamente o methodo *phylogenetico*, do qual diz

Eduard Strasburger ser o unico de valor e importancia para o estudo dos organismos viventes. (8)

Quando Alexandre de Humboldt define a vida — *uma equação de condições*, — a definição é verdadeira, não só quanto á vida dos individuos, mas tambem quanto á dos povos. Ora entre as condições, cuja equação fórma a vida destes ultimos, o direito occupa um lugar distincto, pois elle é o conjuncto organico dessas mesmas condições, emquanto dependentes da actividade voluntaria e como taes asseguradas por meio da coacção. A sciencia do direito vem a ser portanto o estudo methodico e systematizado de quaes sejam essas fórmas condicionaes, de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social ou o estado normal da vida publica.

Mas assim considerada, a sciencia do direito assume feição *historica e evolutiva*, apresentando por conseguinte dous unicos lados de observação e pesquiza. São os dous pontos de vista da *phylogenia* e da *ontogenia*, conforme se estuda a evolução do mesmo direito na humanidade em geral, ou nesta ou naquella individualidade humana, singular ou collectiva. (9)

Assim como existe, segundo Haeckel, uma *ontogenia glottica*, pelo que toca ao desenvolvimento linguistico do menino, e uma *phylogenia glottica*, relativamente ao mesmo desenvolvimento dado no genero humano,—assim tambem se póde fallar de uma *ontogenia* e de uma *phylogenia juridica*. Se é certo que a humanidade em seu começo tinha tão pouco o uzo da linguagem, como ainda hoje a creança o tem, — não deve haver duvida que, no dominio juridico, a *ontogenia* tambem seja uma repetição

(8) Se o leitor entende, tanto melhor para si; caso porém não entenda, não é culpa nossa. Talvez nos perguntem: quem é esse senhor Eduard Strasburger? Só podemos responder que não é lente da nossa faculdade, nem candidato á deputação geral; mas é professor universitario de Jena, e o escripto delle, ao qual nos reportamos, intitula-se: *Ueber die Bedeutung phylogenetischer Methode für die Erforschung lebender Wesen.*

(9) Consulte-se as obras de Haeckel, principalmente a *Historia da creação* e os — *Alvos e caminhos da historia evolucional*. Ahi melhor comprehender-se-ha o profundo sentido das *ominosas* expressões — *ontogenia* e *phylogenia*.

da *phylogenia*. A humanidade em seu principio não sentia nem sabia o que é direito, como não o sabe nem sente o menino dos nossos dias. (10)

Entretanto não convém parar ahi. A sciencia do direito póde ainda ser considerada sob outro ponto de vista. Como sciencia que indaga as relações dos homens entre si, ella se divide em varias partes, segundo as differentes fórmas sociaes, dentro das quaes a acção do homem se desenvolve.

Assim costuma-se mencionar um direito interno e outro externo, conforme se trata das relações do Estado com a humanidade,—o que até hoje não passa de mera aspiração,—ou das relações do Estado com os individuos e com as sociedades dentro delle organizadas.

O direito interno se ramifica em privado e publico. Este por sua vez, quando limitado ao modo de organização politica, fórma o direito constitucional; e applicado á indagação das leis de coexistencia das communas e das provincias com o Estado, dá origem ao direito administrativo. Tratando-se porém da segurança publica e das mais efficazes garantias da sociedade vê-se nascer o direito e o processo criminal.

E' por uma analoga differençiação que brotam do mesmo tronco o direito commercial e o direito ecclesiastico. Mas releva advertir que todas estas divisões não alteram a natureza do direito, que pelo lado *formal*

---

(10) Os doutores que pretendem felicitar a mocidade brazileira com a conservação dos cacaréos de *direitos naturaes, direitos innatos, originarios, etc.*, têm um exacto presentimento da propria derrota, quando se insurgem contra estas e outras applicações de dados naturalisticos á esphera juridica, pois ellas põem bem patente a inanidade das velhas doutrinas. E é digno de nota que ainda hoje ha quem falle com todo serio de um *direito primigenio*, sem reflectir que esta ultima expressão foi tomada de emprestimo á historia natural, em cuja technologia latina é que se encontra a phrase *elephas primigenius*. Mas quão distante o sentido de uma do da outra expressão! Aqui significando um dos maiores *fosseis*, um quadrupede da epocha diluvial, cuja especie desappareceu; alli porém querendo significar um primeiro direito, um direito gerador de todos os direitos humanos, o direito da liberdade, desta mesma liberdade, que aliás ainda não é de todo nascida, e que na genealogia dos direitos, segundo promette a historia, ha de ser o *ultimo nato*. Que disparate dos taes senhores!

permanece sempre o mesmo, ainda que varie pelo lado *material*. O direito é um todo organico; as differentes divisões a que elle se presta, não desmancham a harmonia do systema. São resultados da analyse, que entretanto ainda esperam a synthese ulterior.

VIII

Como se deve comprehender a theoria de um direito natural, que não é a mesma cousa que uma lei natural do direito.

A ideia capital do programma está na combinação das duas seguintes proposições: — não existe um direito natural; mas ha uma lei natural do direito.

Isto é tão simples, como se alguem dissesse: não existe uma linguagem natural; mas existe uma lei natural da linguagem; não ha uma industria natural, mas ha uma lei natural da industria; não ha uma arte natural, mas ha uma lei natural da arte. Cousas todas estas que qualquer espirito intelligente comprehende sem esforço, no sentido de que, perante a natureza não ha lingua nem grammatica, não ha *semitico* nem *indo-germanico*; o homem não falla nem fallou ainda lingua alguma, não exerce industria, nem cultiva arte de qualquer especie que a natureza lhe houvesse ensinado. Tudo é producto delle mesmo, do seu trabalho, da sua actividade.

Entretanto a observação historica e ethnologica attesta o seguinte facto: — todos os povos que atravessaram os primeiros, os mais rudes estadios do desenvolvimento humano, têm o uso da linguagem; todos procuram meios de satisfazer ás suas necessidades, o que dá nascimento a uma industria; todos emfim são artifices — das armas com que caçam e pelejam, dos vasos em que comem e bebem, dos aprestos com que se adornam, e até dos tumulos em que descançam.

Particularmente a *ceramica*, a arte do oleiro, offerece neste ponto um precioso ensinamento. Encontram-se *vasos* por toda parte: — nos miseros tapumes que

construem os indigenas da Australia, para os protegerem contra os ventos do mar, assim como nas choças dos Cafres e Betjuanos, e nos *wiguams* dos selvagens da America do Norte. Encontram-se vasos nas habitações dos primeiros incolas da Grecia, da Italia e da Allemanha, bem como nas dos antigos americanos e nas dos asiatas. (11) —Encontram-se vasos por toda a parte: sobre a mesa dos sabios, na *toilete* das damas, nas choupanas, nos templos, nos palacios, em todas as phases da cultura, desde a bilha de Rebecca até o lindo frasquinho de crystal, ou o ovoide de prata, que entorna pingos de essencia no seio da moça hodierna.

Como se vê, são phenomenos repetidos, que, submettendo-se ao processo logico da inducção, levam o observador a unifical-os sob o conceito de uma lei, tão natural, como são todas as outras que se concebem, para explicar a constante repetição de factos do mundo physico.

Assim pode-se fallar de uma lei natural da *industria*, ou de uma lei natural do *fabrico de vasos*, ou de uma lei natural do *uso do fogo*, tendo sómente em vista a generalidade do phenomeno, em os primeiros momentos da evolução cultural e nos mais separados pontos de habitação da familia humana; do mesmo modo que se falla de uma lei natural da queda dos corpos, ou do nivellamento das aguas.

Mas nunca veio ao espirito de ninguem a singular ideia de uma industria, de uma ceramica, de uma arte *natural*, no sentido de um complexo de preceitos, impostos pela razão, para regularem as acções do homem, no modo de exercer o seu trabalho, ou de fabricar os seus vasos, ou de construir os seus artefactos. Seria esta uma ideia supinamente ridicula.

E' isto mesmo, porém, o que se dá com relação ao direito. Como phenomeno geral, que se encontra em todas as posições da humanidade, desde as mais infimas até ás mais elevadas, em forma de regras de conducta e convivencia social, o direito assume realmente o caracter de

---

(11) Gustav Klemm—*Westermann's Monatshefte*—VI—259.

uma lei. Mas esta lei, que se póde tambem qualificar de *natural*, não é diversa das outras mencionadas.

Se o direito é um *systema de regras*, não o é menos qualquer mister, qualquer arte, ou qualquer industria humana. Se as regras do direito são *descobertas pela razão*, não deixam de ser tambem oriundas da mesma fonte as normas dirigentes da actividade do homem em outro qualquer dominio.

A razão que entra na formação de um codigo de leis, ainda que seja perfeito e acabado como o *Corpus juris*, é a mesma, exactamente a mesma, que assiste ao delineamento de um edificio, ou á confecção de um *par de sapatos*. (12) Dizer portanto que o direito é um conjuncto de regras, descobertas pela razão, importa simplesmente uma tolice, visto que se dá como caracteristico exclusivo das normas de direito o que aliás é commum á totalidade das regras da vida social.

Assim, — para limitar-nos a poucos exemplos, — a *civilidade* tem regras; quem as descobrio? A dança tem regras, — quem as descobrio? Não ha arte que não as tenha, — quem as descobrio? Ninguem ousará negar a presença da razão em todas ellas; mas tambem ninguem ousará affirmar que haja um conceito *á priori* da civilidade, nem um conceito *á priori* da dança, ou de outra qualquer arte. De onde vem, pois, o *apriorismo* do direito?

A pergunta é séria. Uma razão que, por si só, sem o auxilio da observação, sem dados experimentaes, é incapaz de conceber a mais simples regra *technica*, é incapaz de elevar-se á concepção, por exemplo, de uma norma geral de fabricar *bons vinhos*, ou de preparar *bons acepipes*, — como póde tal razão ter capacidade bastante para tirar de si mesma, unicamente de si, todos os principios da vida juridica?

---

(12) Reflictam, e verão que a verdade é esta. A razão é tão necessaria para escrever-se, por exemplo, um *compendio de direito natural*, como é necessaria para fazer-se, por exemplo, um *par de botas*, ou um *par de tamancos*. A prova é que, se os chamados animaes irracionaes não têm compendios de *direito natural*, tambem não têm *tamancos* nem *botas*.

Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anachronicas, estão fóra de seu tempo. (13) Se elles possuissem ideias mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam a tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita.

Como tudo que é produzido pela phantazia dos povos, ou pela razão mal educada dos espiritos directores de uma epoca determinada; como a *Alma*, como *Deus*, como o *Diabo* mesmo, do qual já houve em nossos dias quem se aventurasse a escrever a *chronica*, (14) o *direito natural* tambem tem a sua historia. Não é aqui lugar proprio para apreciar o processo da formação desse conceito, desde o seu primeiro momento na antiga philosophia grega; mas podemos estudal-o entre os romanos, cujo alto senso juridico é uma garantia em favor dos resultados da nossa apreciação.

Antes de tudo, é um facto incontestavel que a ideia de um direito natural foi inteiramente estranha aos romanos, durante muitos seculos. Como todas as nações da antiguidade, Roma partio, em seu desenvolvimento politico, do principio da exclusividade nacional, em todas as relações sociaes.

Mas pouco a pouco, e á medida que o povo romano foi se pondo em contacto com outros povos, abrio-se caminho á uma nova intuição opposta áquellas tendencias de exclusivismo nacional, e como resultado dessa intuição appareceu, na esphera juridico-privada, o conceito do *jus gentium*.

O velho direito romano, o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma especie de muralha inaccessivel ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existencia do grande povo, e fez-se então preciso dar

---

(13) Vale a pena fazer aqui a seguinte observação. O leitor note bem:—ao profundo conhecedor do direito civil, dá-se o nome de *civilista*; ao do direito criminal, o nome de *criminalista*; ao do direito publico, o de *publicista*; ao do commercial, o de *commercialista*, etc., etc.; que nome dá-se, porém, ao sabio do *direito natural*? A nossa lingua não o conhece. Isto é significativo.

(14) Por exemplo: *Die Naturgeschichte des Teufels*—von Dr. Karsch.

entrada a novos elementos de vida. A ideia do *jus gentium* foi o primeiro passo para uma *desnacionalisação* do direito. A exigencia fundamental do *jus civile* fazia depender da *civitas romana* a participação de suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia aguentar o edificio politico de um povo guerreiro e conquistador.

Mas essa base alargou-se, e em vez da *civitas*, o senso pratico de Roma lançou mão do principio da *libertas* como fundamento da sua nóva vida juridica. Já não era preciso ser cidadão romano, — bastava ser *homem livre*, para gozar das franquias e proventos do direito.

Não ficou, porém, ahi. A cultura romana, tornandose cultura greco-latina, pela invasão e influencia do hellenismo, cuja mais alta expressão foi a philosophia, recebeu em seu seio um grande numero de ideias então correntes sobre a velha trilogia :— Deus, o homem e a natureza. Este ultimo conceito, principalmente, mostrouse de uma elasticidade admiravel. A philosophia de Cicero lhe deu feições diversas. Não só a *natura*, mas tambem a *lex naturæ*, a *lex naturalis*, a *ratio naturalis*, a *ratio naturæ*, representam nos seus escriptos um importante papel.

Nas obras dos juristas posteriores estas *phrases* assumiram proporções assustadoras. Na falta de outro fundamento, a *natura*, era o ultimo refugio de qualquer explicação philosophica. Não deixa até de produzir actualmente uma certa impressão comica o serio inalteravel com que grandes jurisconsultos faziam as despezas de suas demonstrações, só á custa de uma chamada *ratio naturalis*. (15)

Nada mais simples, portanto, do que a marcha evolucionaria do direito, mediante o influxo da philosophia,

(15) Basta lembrar os seguintes textos:—...*naturalis ratio* efficit (Dig. 41, 1—L..7. § 7º; *naturalis ratio* permittit (Dig. 8, 2—L. 8); *naturali ratione communis est* (Dig. 9, 2—L. 4) ; *naturali ratione* perti net (Dig. 13, 6—L. 18, § 2); *naturalis ratio* suadet. (Dig. 3, 5—L. 39); *narali ratione* inutilis est. (Dig. 44, 7. L. 1§ 9)—... e assim innumeros outros.

dar ainda um passo adiante e construir mais amplas doutrinas, tomando por base o conceito da *natura hominis*, de onde originou-se o *jus naturale*, não sómente applicavel aos homens livres, mas aos homens em geral.

Era a ultima fórma da intuição juridica do povo rei. Era um direito novo, sem duvida,—mas tambem um *direito de escravos*. E por uma dessas notaveis coincidencias da historia, esse *direito dos pobres*, dos *miseros* de todo genero, apparecia ao mesmo tempo que começava á ganhar terreno a *religião dos desvalidos*. (16)

Tudo isto, porém, foi resultado do espirito particular de uma epoca. A *desnacionalisação* do direito, começada com a ideia do *jus gentium* e concluida com a do *jus naturale*, foi apenas apparente. A *grande naturalisação* de Caracalla, ou concessão da *civitas* a todos os habitantes do imperio, fez que os dominios deste coincidissem com os do mundo culto de então. A humanidade formava, segundo a phrase de Prudencio, *ex alternis gentibus una propago*. O direito romano era direito humano. Os principios do *jus naturale*, como um direito, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, tiveram um valor pratico. A grandeza e unidade do imperio suscitaram a ideia de uma *societas humana*, a qual se applicassem esses mesmos principios.

A illusão era desculpavel. O que, porém, não merece desculpa é a cegueira de certos espiritos que, virando as costas á historia e desprezando o seu testemunho, insistem na antiga e erronea doutrina de um *direito natural*.

Com effeito, na epocha de Darwin, ainda haver quem tome ao serio a concepção metaphysica de um *direito absoluto*, independente do homem ; ainda haver quem tome

---

(16) Releva aqui dar conta de um facto pouco notado. O primeiro protesto contra a desnaturalidade da escravidão não partio de philosophos, nem de fundadores de religiões, porém de juristas. Foram de certo os juriconsultos romanos que, ao feixarem o periodo do seu maior esplendor, deram áquella desnaturalidade um fundamento theorico, estabelecendo como principio que, segundo o *jus naturale*, todos os homens são livres e iguaes:pelo que a escravidão é contra o direito. Principio este actualmente esteril, mas naquelles tempos fecundo e admiravel.

ao serio os chamados eternos principios do *justo*, do *moral*, do *bom*, do *bello*, outros muitos *adjectivos substantivados*, que faziam as despezas da sciencia dos nossos avós, — é realmente um espectaculo lastimavel.

Nós temos a infelicidade de assistir a esse espectaculo. A despeito de todos os reclamos do espirito philosophico moderno, os homens da *justiça absoluta* e dos *direitos innatos* ainda ousam erguer a voz em defesa das suas theorias. E ninguem ha que os convença da caducidade d'ellas. E' tarefa que só ao tempo incumbe desempenhar.

Nem nós outros que os combatemos, aspiramos a tal gloria ; assim como não queremos, — digamol-o francamente, — não queremos que se nos tenha em conta de innovadores. A negação de um direito natural é coéva da these que primeiro o affirmou. Seria um phenomeno historico bem singular que, havendo em todos os tempos cabeças desabusadas protestado contra as aberrações da especulação philosophica, sómente a ôca theoria do direito natural nunca tivesse encontrado barreira. Esse phenomeno não se deu.

Já na Grecia, e entre outros Archelau, um joven contemporaneo de Heráclito, havia contestado a procedencia divina das leis humanas. Particularmente Carneades, o sceptico de genio, negou a existencia de um direito natural, e reconheceu sómente como direito o direito positivo. *Jus civile est aliquod, naturale nullum.* Este seu principio corresponde exactamente á intuição dos nossos dias. (17)

---

(17) O estudo superficial e quasi nullo, que se costuma fazer da philosophia grega não dá uma idéia exacta do importante papel historico do *scepticismo*. Entretanto os *scepticos* eram todos espiritos superiores, os quaes rompendo com as tradições recebidas declaravam guerra de morte às *verdades convencionaes* do seu tempo. E a prova do quanto elles valiam, é que a propria philosophia de Socrates, propondo-se combater o scepticismo dos sophistas, acabou por destruir as bases da velha intuição philosophica, de um modo ainda mais decisivo, do que fizeram-no os sophistas mesmos. Os scepticos eram antes de tudo homens sinceros, que não acreditavam nas frivolidades então ensinadas, e tinham a coragem de declaral-o. Carneades foi um desses.

Mas a questão não está em saber se já houve na antiguidade quem contradissesse a doutrina de um direito estabelecido pela natureza. O que deve hoje ser tomado em consideração, é o modo de demonstrar a invalidade dessa mesma doutrina, são os novos argumentos deduzidos contra ella; e isto basta para legitimar as pretenções da theoria hodierna. (18)

---

(18) Finda aqui o manuscripto. (Nota de S. R.)

III

Prolegomenos ao Estudo do Direito Criminal.

I

Da evolução do direito em geral e das leis penaes como instituições sociaes; divisões e definições; relações do direito criminal, incluido o militar, com outras sciencias.

Qualquer que seja a escola, em que se filie, nenhum pensador da actualidade acredita seriamente na origem divina do direito. Nem essa crença se faz precisa, como manifestação de sentimento religioso.

O espirito scientifico moderno tem um principio regulador. Este priucipio é a ideia do desenvolvimento, concebido como lei, que domina todos os phenomenos sidericos e telluricos : seres de toda especie, anorganos e organicos, raças, povos, Estados e individuos.

E' em virtude dessa mesma lei que o direito, com todas as suas apparencias de constancia e immobilidade, tambem se acha, como tudo mais, n'um perpetuo *fieri*, sujeito a um processo de transformação perpetua.

A fixidade do direito, quer como ideia, quer como sentimento, é uma verdade temporaria e relativa, se não antes uma verdade *local*, ou uma illusão de optica psychologica, devida aos mesmos motivos, que nos levam a fallar da *fixidade das estrellas.*

Nada mais que um méro effeito do ponto de vista, da posição e da distancia. O que aos olhos do individuo, que não vai além do horizonte da torre de sua igreja parochial, se mostra estacionario e permanente, aos olhos da humanidade, isto é, do ponto de vista historico, se deixa reconhecer como fugaz e transitorio.

A sciencia não encara as cousas como ellas apparecem ao individuo, mas sómente como ellas se mostram ao espirito humano.

Platão tinha dito: — «não ha sciencia do que passa.» Veio o genio dos novos tempos, e redarguio convicto: — só ha sciencia do que é passageiro; pois tudo que póde ser objecto scientifico, — o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perenne, mas o phenomeno de uma transição permanente, de uma continua passagem de um estado a outro estado.

O direito constituiria uma anomalia inexplicavel ou uma especie de disparate historico, se no meio de tudo que se move, sómente elle permanecesse immovel.

Os theoristas do chamado Direito Natural, que ainda não adquiriram a consciencia da propria derrota, continuam a appellar para «uma *essencia ideial da justiça*, universal, immutavel, que é o exemplar de todos os institutos penaes.» São palavras, estas ultimas, do italiano Pessina, em quem se nota uma singular mistura de sciencia positiva e phantasias metaphysicas.

Mas uma *essencia ideial da justiça* tem tanto senso, como por ventura uma *essencia ideial da saúde* ou uma *essencia ideial do remedio*. Puras ideias geraes, a que os modernos *realistas*, os Duns Scotts dos nossos dias, attribuem uma existencia independente da realidade empirica.

E' verdade, e não ha mister negal-o: — a comparação ethnologica deixa patente que nas primeiras phases da associação humana, entre populações as mais diversas e geographicamente mais afastadas, apparecem, com toda regularidade, as mesmas fórmas de organisação. O casamento, a familia, a propriedade, nos estadios primitivos, apresentam um aspecto semelhante entre povos differentes.

Que é licito, porém, concluir dahi? Que o direito é uma lei natural, no sentido de ter sido inspirado, implantado por Deus? Mas tambem a mesma comparação ethnologica nos mostra que em uma certa phase da evolução humana as populações primitivas, as mais diversas e distantes umas das outras, tiveram o seu Prometheo; será então concludente que se falle, naquelle mesmo sentido, de uma lei natural do *uso do fogo*?!...

E não sómente o *uso do fogo*; os estudos pre-historicos demonstram o emprego geral da pedra, como o

primeiro instrumento, de que o homem se servio, na lucta e defesa contra seus inimigos.

Poder-se-ha tambem fallar de uma *lei natural*, isto é, de uma prescripção divina do *uso da pedra talhada*, ou da *pedra polida*, como um dos meios que o homem concebeu para acudir ás suas mais urgentes necessidades?!... Ninguem dil-o-ha, e isto é decisivo.

A mythologia grega era muito mais philosophica do que a actual philosophia espiritualista. A imaginação que pôde construir Astréa e Themis, construio tambem Ceres e Baccho. Se era inexplicavel a existencia da justiça na terra sem um deus ou deusa, que a tivesse ensinado, não menos inexplicavel era o plantio do trigo ou o cultivo da vinha sem a mesma intervenção divina. Havia assim coherencia na illusão; coherencia que aliás fallece aos doutrinarios da creação divina do direito, quando não dão a mesma origem á sciencia, á poesia, ás artes em geral.

E não se diga que estas considerações, dado mesmo que firam de frente o Direito Natural da escola theologica, não alcançam o da escola racionalista.

Ellas attingem ambos. O que importa, porém, é fazer a seguinte distincção: —ou a *razão* de que fallam os racionalistas é tomada no velho sentido de um supremo oraculo, que está no homem, mas é delle independente, a elle superior, preexistente a elle, —e então seria mais serio pronunciar logo o nome de Deus, pois que a razão, assim concebida, não é mais do que uma das faces do proprio Deus dos theologos; ou trata-se de uma *razão progressiva*, uma razão que se desenvolve, uma faculdade historica por conseguinte, — e neste caso a questão quasi se reduz á uma logomachia, ou a uma falta de senso dos pobres racionalistas.

Porquanto a essa faculdade historica foi tão natural conceber as primeiras fórmas do direito, como *regras* de convivencia social, quão natural lhe foi, por exemplo, conceber tambem as primeiras fórmas de armas, o arco, a frecha, ou outra qualquer, — como instrumentos de trabalho, como *utilidades*, como *meios* de vida. Onde é que está a differença?...

Um velho penalista allemão, Franz Rossirt, ainda sob a influencia, da philosophia kantesca, deturpada em mais de um ponto e exagerada pelos epigonos, inclusive o krausista Ahrens, ousa perguntar com certo ar de triumpho: — Se não existisse um direito natural, onde poder-se-hia encontrar o meio de *comparação* e julgamento dos diversos phenomenos do direito positivo?...

Mas a resposta é facillima. E primeiro convem notar que o illustre criminalista presuppoz a existencia de uma cousa, que de facto não existia em seu tempo, nem existe ainda hoje, isto é, o *direito comparado*, a cuja construcção scientifica o maior embaraço tem sido mesmo a theoria esteril do direito natural.

Admittamos entretanto, por hypothese, a existencia delle. Que prova isso? Nada. Todos sabemos que ha, por exemplo, uma linguistica *comparada*. E' deductivel dahi o conceito de uma lingua *natural*, como *meio de comparação*?..

A anatomia *comparada*, a mythologia *comparada*, a litteratura *comparada*, são ramos scientificos, florescentes e adiantados. Quem foi, porém, que já sentiu a necessidade do presupposto de uma litteratura, uma mythologia, uma anatomia *natural*?

E' preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das fórmas da historia da civilisação.

Como o direito permanece longo tempo em intimo entrelaçamento com outros dominios da vida dos povos, cada um dos dominios da vida juridica propriamente dita, que nós hoje podemos distinguir, onde quer que o direito se tenha mais claramente differenciado, não é senão producto de uma separação ulterior.

Nos infimos gráos da evolução social, não se distingue um *direito privado*, nem um *direito publico*, nem um *direito ecclesiastico*, nem um *direito penal*, mas tudo repousa ainda envolto nos costumes patriarchaes. Abraham, que se dispõe a sacrificar o seu Isaac, não reconhece na terra autoridade superior, que lh'o empeça.

Esaú vende a Jacob o seu *direito de primogenitura*, como podera vender um ovo de passarinho, isto é, sem ter ideia de outras relações juridicas, se não as reguladas pelo costume da familia.

Os começos de um direito criminal, como os de todo e qualquer direito, têm tambem uma base familiar; descansam por um lado na autoridade paterna, e por outro lado na *vindicta*, — queremos dizer, por um lado, na organisação interna da familia, e por outro, na sua posição *relativa* ao exterior.

A este direito criminal originario prendem-se certas attribuições do *pater-familias*, que até hoje se tem conservado, principalmente o direito de castigo e correcção dos filhos, ao qual se associa o chamado *jus modicæ castigationis* do marido em relação á mulher, ainda infelizmente não de todo condemnado e repellido pelo espirito moderno. São dous restos ou, como diria Tylor, dous *survivals* da cultura primitiva.

Entretanto, á medida que o organismo da familia foi sendo absorvido por organismos superiores, foi tambem passando a outras mãos o exercicio da pena, como meio de reacção ou de defesa, até que com a formação do Estado incorporou-se ao systema geral de instituições sociaes, ao grupo de condições staticas e dynamicas da sociedade, sendo a pena ao mesmo tempo uma dellas e o supporte de todas ellas.

Assim ao numero das mais antigas, das primeiras revelações do pensamento do Estado, pertence a ideia da *justiça punitiva*. Ondequer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atraz de si todas as phases de organisação pre-politica, domina o principio de que certas condições da vida commum devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a *pena*, cujo conceito envolve a ideia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem publica, ao violador da vontade de todos.

Por isso mesmo existe entre pena e Estado, historica e juridicamente, a mais intima ligação. Ou antes, como diz o professor Holtzendorff, Estado, direito e pena são completamente inseparaveis um do outro, no sentido

de que todos tres brotaram da mesma raiz historica, da mesma necessidade ethica da natureza humana. A razão da pena está no crime. Se este é uma fórma do *immoral*, do *injusto*, a pena por si só é uma fórma do *direito*.

Todo o direito penal positivo atravessa naturalmente os seguintes estadios: — primeiro domina o principio da *vindicta* privada, a cujo lado tambem se faz valer, conforme o caracter nacional, ou ethnologico, a expiação religiosa; depois, como phase transitoria, apparece a *compositio*, a accommodação daquella vingança por meio da multa pecuniaria; e logo após um systema mixto de direito penal publico e privado; finalmente, vem o dominio do direito social de punir, estabelece-se o principio da punição publica.

Uma das maiores e mais fecundas descobortas da sciencia dos nossos dias, diz Hermann Post, consiste em ter mostrado que qualquer formação cosmica traz hoje ainda em si todas as phases do seu desenvolvimento, e sobre tudo o que existe póde-se estudar, nos traços fundamentaes, a infinita historia do seu *fieri*. Ora, isto que é verdade em relação ao mundo physico, é tambem em relação ao mundo social. No direito criminal hodierno, por mais regular que pareça a sua estructura, encontram-se ainda signaes de primitiva rudeza. Assim, por exemplo, o principio da *vindicta* ainda não desappareceu de todo de nenhum dos actuaes systemas de penalidade positiva. A subordinação dos processos de uma ordem de crimes á queixa do offendido, é um reconhecimento desse principio.

O conjuncto de normas pelas quaes se determina a suprema funcção, que exerce o Estado, de punir os crimes, é o que se chama *direito penal*, quando se faz preponderar o momento da pena a impor, ou *direito criminal*, quando prepondera o momento do crime punivel.

Essa suprema funcção (*jus puniendi*) está porém ligada á existencia de uma these de direito positivo (*jus penale*), por meio da qual uma acção é declarada criminosa, e determinada a pena que se lhe deve applicar.

A realisação das leis penaes, nos casos particulares, é sujeita á observação de regras, de ante-mão traçadas, que formam um systema de *direito processual*. A exposição scientifica destas regras constitue a parte *formal* do direito criminal, em contraste com a parte *material*, que é a exposição scientifica ou a theoria do crime e da pena, bem como das circumstancias modificativas de ambos.

Estabelecido, como ficou, o conceito do direito penal, no sentido de um complexo de prescripções normativas do *jus puniendi* do Estado, surgem antitheses dentro desse mesmo conceito, que o tornam susceptivel de divisão. Assim é possivel distinguir estas diversas categorias: 1°, um direito penal *convencional*, que se baseia em contracto e comprehende certas desvantagens livremente acceitas, como pena, por um dos contrahentes; 2°, o direito penal *correcional*, aquelle que pertence ao poder paterno, a escola e a outros sujeitos juridicos, encarregados do mister de educar; 3°, o direito penal *disciplinar* do Estado ou das corporações reconhecidas e protegidas por elle, em relação aos respectivos funccionarios; 4°, emfim o *direito penal* propriamente dito.

E' de notar entretanto que, quanto ás duas primeiras categorias, a attitude do Estado é de caracter negativo: elle limita-se a fazer que as penas convencionaes e correccionaes não vão além de certas raias; não tem acção directa sobre a sua imposição, reservando-se apenas o direito de julgar, quando preciso, do seu valor legitimo.

O que se designa pelo nome de *direito criminal militar* não é um elemento estranho ao conceito commum; elle pertence ao *direito penal* propriamente dito e ao *disciplinar* do Estado; mas tambem tem a sua nota caracteristica, tirada da considerção das pessoas, da natureza dos crimes, e de um maior rigor na applicação das penas.

A sciencia do direito criminal, como todas as sciencias, deve ter um methodo de indagação e de estudo. E' o methodo *historico-philosophico*, por meio do qual é só que se póde chegar a conhecer os verdadeiros factores das leis penaes. A velha inimizade entre o *philosophico* e o *historico* não tem mais significação.

Conforme o fim que de preferencia ella visa, esta sciencia, ou se diz *juridico-criminal*, quando accentúa principalmente a applicabilidade das suas doutrinas por meio do juiz, ou *politico-criminal*, quando considera essa applicabilidade por meio do legislador.

O methodo *historico-philosophico*, de que fallamos, não é incompativel com uma *parte dogmatica* e uma parte *critica* no estudo do direito criminal. A primeira é um trabalho de exegése, uma explicação consscienciosa daquillo que se acha legalmente determinado ; a segunda porém occupa-se de mostrar as lacunas da lei e a necessidade de preenchel-as.

O direito penal, posto que não seja, segundo a exagerada definição de Pessina, *um complexo de verdades, organica e systematicamente ligadas, como consequencias de um só e mesmo principio acerca da punição do crime*,— definição que quasi faz do direito penal um ramo da mathematica, definição inacceitavel, pois que nem o conceito do crime, nem o da pena, nem outro qualquer conceito fundamental da sciencia é tão fecundo, que delle unico possam deduzir-se todas as verdades juridico-criminaes, —posto que não seja isso, todavia o direito penal tem incontestavel caracter scientifico e intimas relações com outras sciencias.

São estas, além da *philosophia* e da *historia*, a *psychologia*, a *anthropologia*, a *ethica*, a *medicina forense*, a *estatistica* e, no que toca ao direito militar, a *tactica bellica*, a *estrategia*. Não sei, porém, que serviços possa prestar, ao lado das mencionadas, ainda uma vaga *sciencia da natureza*, de que falla Pessina. Que relações possa haver, por exemplo, entre a *botanica*, que está contida na *sciencia da natureza*, e o *direito criminal*, só ao grande penalista italiano foi dado descobrir.

II

Difficuldades da sciencia provenientes da imperfeição das theorias ; allusão aos systhemas de direito punitivo e especialmente — aos da defesa social e da emenda.

Os criminalistas costumam assignar ao direito penal uma posição *encyclopedica*, no sentido de formar elle uma especie de muralha, dentro da qual se refugiam, quando postos em perigo, todos os mais direitos.

Com effeito, não ha fórma alguma de actividade juridica, não ha funcção da vida nacional, inherente ao cidadão, que não possa, no caso de ser perturbada ou offendida, recorrer á pena legal como meio de defesa e restabelecimento do equilibrio dos interesses sociaes.

Semelhante propriedade constitue para o direito criminal ao mesmo tempo uma força e uma fraqueza, uma excellencia e um defeito. Uma excellencia, porque, d'entre todos os systemas de *positividade* juridica, é só elle que está em condições de tomar mais altos pontos de vista e dominar mais largos horizontes ; uma fraqueza ou um defeito, porque, em virtude desse maior ambito mesmo, parece condemnado a não adquirir em profundidade o que lhe sobra em extensão.

Não é só isto. O direito criminal que como lei, como instituição social, opéra com factos, tem, como sciencia, de operar com ideias. No manejo, porém, d'estas ideias tomou parte, desde longa dàta, um exagerado espirito philosophico, que muito ao vez de esclarecel-as, acabou por confundil-as, reduzindo a um systema de enigmas e problemas insoluveis as verdades mais simples e inaccessiveis á duvida.

Foi assim que surgiram as questões perpetuas, de acre sabor metaphysico, sobre a natureza do crime, a razão e o fundamento da pena (*fines pœnarum, argumenta juris puniendi*). E ainda que em todos os tempos o *porque* e *para que* da pena tivesse despertado a attenção dos pensadores, de modo, até, que uma bôa parte das

intuições hodiernas já se encontram mais ou menos prenunciadas entre os gregos, os romanos, e na propria idade media, todavia é sabido que uma regular systematisação de taes ideias appareceu primeiro com H. Grotius.

Começaram então a desenvolver-se as chamadas *theorias do direito punitivo*, que puderam subir a um alto gráo de importancia e nelle conservar-se emquanto valeram como formulas, nas quaes se podia haurir, por meio de simples processos logicos, uma completa legislação criminal.

Esta pretendida fecundidade das *theorias* estava em relação com as ideias dos seculos XVII e XVIII e em parte tambem do seculo XIX, a respeito do intitulado *direito natural*. Assim como,—era o que se dizia, assim como o homem se achava no caso de levantar todo o edificio do direito, pondo em jogo certos principios bebidos na *razão*, assim tambem, uma vez descoberto o fundamento da pena, podia ser d'ahi deduzido um systema de penalidade positiva da mais perfeita especie.

Entretanto, ao passo que esta construcção aprioristica do direito penal foi mantida pelos velhos mestres do *direito natural* n'um certo pé de igualidade com os outros dominios juridicos, desde o meiado do seculo passado considerou-se como problema e alvo de especulações philosophicas uma nova formação, ou para servir-me da phrase de Romagnosi, uma nova *genese* daquelle direito. (1)

E depois que gerou-se a convicção de que a materia juridica em geral não póde ser obtida pelos processos abstractos da philosophia, continuou a despeito della, a velha intuição quanto ao direito penal e ás respectivas theorias.

Até aos ultimos tempos, dentro mesmo dos nossos dias, tem-se feito tentativas para chegar, no terreno

---

(1) O auctor, em seus trabalhos, escreve sempre *a genese* e não *o genesis*, quando se refere á origem dos factos e dos phenomenos e não ao primeiro livro do *Pentateuco*. Acho-lhe razão; porquanto pelo mesmo processo *glottico* temos em nossa lingua, *a phase, a base, a phrase* e seus compostos, *a these* e seus compostos, *a analyse, a gnose*, etc., e não *o phasis, o basis, o phrasis, o analysis, o thesis*, etc.

Nota de S. R.

desta ou daquella doutrina, a uma determinação pratica da linha divisoria entre o *punivel* e o *não punivel*. Esta geral insistencia no antigo modo de comprehender e applicar a especulação philosophica se faz sobretudo sentir na tendencia dos criminalistas para incorporar aos *tratados e preleções academicas* o pedaço de *philosophia do direito*,—se de tal merece o nome,—que se costuma designar por theoria do *direito de punir*.

Quando pois a metaphysica juridica vio-se obrigada a ceder o passo á observacão, á indagação das fontes, á utilisação preponderante de dados positivos, parece que procurou, como ultimo reducto, o largo dominio da sciencia penal. Isto mesmo está de accordo com o seguinte facto, que é digno de ser lembrado : — o direito criminal, que é tão velho como o direito civil, ainda não vio surgir de seu seio uma *escola historica*, não teve ainda força de suscitar reformadores da estatura de um Savigny ou de um Puchta.

D'onde provém o mal ? A resposta é simples :— do sestro de *fazer theoria*, que aqui domina muito mais do em outra qualquer esphera juridica. E será por ventura o direito criminal uma disciplina realmente menos positiva, por conter uma mistura de direito vigente, e não vigente, por encerrar materia juridico-philosophica? Os termos da pergunta, podemos responder com Reinhold Schütze, envolvem contradicção, pois que direito é somente—*direito positivo*.

Nem mesmo se pode admittir o que a magica expressão—*direito philosophico* parece significar, isto é, que a philosophia seja aqui mais do que algures uma sciencia auxiliar, uma base indispensavel. Porquanto é certo que ao criminalista, ou como theorético ou como pratico, são necessarios em alto grão conhecimentos psychologicos, particularmente no que diz respeito á doutrina da *imputabilidade*, da *intenção*, etc.

Mas tambem não o são menos ao civilista, pelo que toca aos conceitos da *capacidade de querer* e *obrar*, da *declaração de vontade*, do *dolo e culpa*, o que todavia não lhe tem servido de pretexto para dar á sua sciencia um falso colorido philosophico.

As outras disciplinas ha muito deixaram atraz o periodo do *direito natural*, graças á escola historica no dominio juridico-privado; o direito penal porém ainda hoje se acha pela mór parte eivado do antigo vicio, ainda não poude de todo expellir de si o demonio da especulação, o máo espirito philosophante. Não é preciso dizer, quanto isto ha difficultado o progresso da sciencia.

— —

Releva entretanto dar conta de uma particularidade notavel, e não é possivel fazel-o melhor do que citando umas bellas palavras de von Ihering :

« Em toda a vasta comprehensão do direito, diz elle, não ha ideia que se possa medir com a da *pena* em significação historica, nenhuma é como ella a fiel imagem do modo temporario de pensar e sentir do povo, o gradimetro das suas bôas ou más disposições, nenhuma atravessa, como ella, todas as phases do desenvolvimento moral das nações, malleavel como a cera, na qual se grava toda e qualquer impressão.

« Pelos outros conceitos do direito passa não raras vezes o intervallo de muitos seculos, sem deixar vestigios.

« Assim os conceitos fundamentaes do direito real dos romanos, a *propriedade*, a *posse*, *as servidões* são hoje em dia essencialmente ainda os mesmos, que eram ha dous millennios, e em vão esperar-se-hia obter delles uma resposta sobre as transformações, porque têm passado os povos, entre os quaes elles hão vigorado.

« Elles representam de uma certa maneira as partes firmes e menos nobres do organismo juridico, representam os ossos, que não se mudam mais, de modo apreciavel, quando uma vez attingem o crescimento regular. Mas o direito penal é o ponto de união, por onde passam os mais finos e tenros nervos, por onde passam as veias, e onde qualquer impressão, qualquer sensação se faz externamente perceber e notar ; é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua

rudeza,—em summa, onde se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a historia do direito penal dos povos é um pedaço de psychologia da humanidade.» (2)

São palavras magistraes a que nada se poderia oppôr. Essa maior variabilidade, ou, por assim dizer, essa maior *fluidez historica* do direito criminal torna explicavel até certo ponto, porque razão tambem ha mais predominado na respectiva sciencia o espirito da controversia, o gosto dos systemas. Mas essa explicação não importa uma desculpa do muito que extravagaram em idéas aprioristicas e phantasticas construcções os theoristas do direito penal.

Conforme a intuição philosophica de cada um, a pena foi se mostrando sob um aspecto differente. D'ahi o espectaculo, pouco instructivo, de uma longa escolta de doutrinas e opiniões diversas sobre o fundamento do direito punitivo, muitas das quaes hoje só têm de apreciavel e digno de menção o nome daquelles que as professaram.

Entre essas theorias porém ha duas sobretudo, que aqui nos importa encarar mais de perto. São as que dão como base, como cauza final da pena, a *defesa social* e a *emenda*. Confrontadas entre si, ellas contêm alguma cousa de antithetico. Porquanto, uma vez admittido que a pena é um meio de defesa da sociedade, o momento da *emenda* do crimiuoso torna-se de todo irrelevante ou indifferente; mas tambem, por outro lado, admittida esta ultima como motivo racional da penalidade, o momento da *defesa* já não entra em linha de conta.

A segunda theoria representa o Estado puniente como um organismo ethico, um instituto de educação, ao passo que a primeira afigura-se o mesmo Estado como um apparelho de forças constitutivas e tutelares da vida social, entre as quaes está a *pena*.

E' a que, a nosso vêr, com esta ou aquella modificação, mais adequada se mostra á realidade dos factos.

A pena é um meio extremo; como tal é tambem a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso podesse gloriar-se

(2) *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.*—pag. 10.

de haurir a razão philosophica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra. O direito,—pensamos com Hermann Post, é um filho da necessidade, ou melhor, é a necessidade mesma.

III

Difficuldades provenientes da falta de limites. Relações entre os codigos, as theorias philosophico-positivas e philosophicas puras. Referencias aos arts. 1°, 2°, 3° e 33 do Codigo Criminal.

Dá-se muitas vezes com as sciencias o que se dá com Estados visinhos : — a questão de *limites* não lhes permitte viver em paz; as invasões reciprocas, os reciprocos desrespeitos demandam longos tempos, antes de chegarem a estacar diante da linha ideial do direito de cada um.

As sciencias que colhem os seus fructos da mesma arvore de conhecimento, as sciencias limitrophes ou contiguas pela natureza do seu objecto, tambem se acham expostas a analogos conflictos. E de todas as que defrontam com outras, que cultivam terreno commum, é o *direito criminal* que talvez mais tenha soffrido injustas usurpações.

Operando com ideias que pertencem a espheras scientificas differentes, fallando aqui em nome da *psychologia,* alli em nome da *medicina,* pondo aqui a seu serviço os dados da *estatistica* ou os testemunhos da *historia*, alli porém manejando as abstracções da *philosophia,* o direito criminal ainda não poude traçar, uma vez por todas, o *mappa* dos seus dominios.

Assim, e á medida que este ou aquelle ramo de conhecimento passa a preoccupar o espirito publico, á medida que as epocas tomam uma feição *philosophica* ou uma feição *naturalistica*, ou outra qualquer feição, o direito criminal tambem muda de côr.

Eis aqui uma prova irrecusavel: — emquanto a philosophia de Kant, Fichte e Hegel dominou o mundo pensante, foi justamente que o numero dos criminalistas philosophos, em nosso seculo, tornou-se legião.

Hoje, porém, que a direcção dos espiritos é diversa, hoje que a philosophia cedeu o passo ás *sciencias naturaes*, de cujos triumphos a medicina é a melhor representante e mais apta vulgarisadora, apparece o reverso da medalha. Os penalistas pathologos e *psychiatras* surgem aos grupos e tornam com as suas ideias, pretendidas originaes, não poucos livros e revistas completamente illegiveis.

E' um defeito caracteristico da actualidade. Todos os paizes cultos têm mais ou menos pago o seu tributo á essa tendencia da epoca. Mas sobretudo na Italia é que o phenomeno já vae tomando proporções de *mania*. Alli surgio nos ultimos tempos uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros medicos, sómente medicos, exagerando por demais a pequena somma de verdades, que a *psychiatria* pode fornecer á *theoria do crime*, tem chegado quasi ao ponto de fazer do direito criminal um anachronismo, e do criminalista um orgão sem funcção, um orgão rudimentar da sciencia juridica.

Esta... *jeune école prêsomptueuse*,—para usarmos aqui de uma phrase de Renan com relação á escola de critica religiosa de Heidelberg, que aliás ousára qualifical-o de ignorante, — esta joven escola, dizemos, posto que esteja condemnada a desapparecer com o espirito do tempo que a produzio, já não tem a contar outro resultado senão o de haver mais complicado as difficuldades da sciencia, sem comtudo resolver nenhuma das suas graves questões.

Tudo isto porém só se explica pela falta dos justos limites assignados, por um lado, ao direito criminal, e por outro aos varios ramos de conhecimentos, que lhe são auxiliares. O criminalista é facilmente tentado a ir além do circulo de seus estudos; não o é menos o psychologo, o psychiatra, o alienista. Que prazer que sente o jurisconsulto em se mostrar tambem conhecedor dos segredos da medicina!... Igual só o experimenta o medico em fazer tambem valer a sua autoridade nos dominios do direito.

Ainda hoje é verdade o que disse Hippel: — «Não ha raça mais desconfiada do que a dos juristas, posto que não cancem de repetir o seu — *quisque præsumitur bonus*,

nisi probetur malus, — um conselheiro da justiça é ordinariamente um *dominicano* juridico, e quem sempre vive em contacto com homens criminosos, acaba por tomar feições de *inquisidor*, e encontra por toda parte peccadores e peccadoras, ladrões, roubadores e assassinos...»

Exactissimo. E' o effeito do ponto de vista demasiado circumscripto, ou do que poder-se-hia chamar *subjectivismo scientifico*. Mas isto não se dá sómente com os juristas. O physiologo Camper disse tambem uma vez: — «Eu me tenho occupado, durante seis mezes, exclusivamente com os *cetaceos*, comprehendo a osteologia da cabeça de todos estes monstros, e descobrí tal numero de combinações com a cabeça humana que hoje qualquer pessoa me apqarece como um *peixe-agulha*, um *crocodilo*, ou um *golphinho*· As mulheres, mais interessantes tanto como as menos bellas, são todas, aos meus olhos, ou golphinhos ou crocodilos...»

Não se concebe uma critica mais fina dos excessos do *especialismo*. Assim, pois, se a exclusiva occupação com *cetaceos* pode chegar ao ponto de fazer o sabio esquecer-se de tudo mais e reduzir até a fórma humana, a propria fórma feminina, á primitiva e grosseira morphologia dos peixes, não será pela mesma causa que a exclusiva occupação com doidos, como *medico e director* de hospicios de alienados, pode tambem acabar por gerar a convicção de que todas as anomalias da vida social são outros tantos phenomenos de loucura?...

Lombroso e seus confrades não serão victimas de uma illusão igual á de Camper?...

Seja como fôr, a verdade é que o direito criminal, em face das sciencias limitrophes, ainda não tem bem demarcado o seu terreno, que é por ellas constantemente invadido.

—

Convém agora observar que no meio de toda a divergencia dos theoristas a legislação penal da maior parte dos paizes cultos tem sabido manter, maxime nos ultimos tempos, uma posição louvavel.

Podemos fallar com Reinhold Schütze: — «No que toca, — diz elle, — no que toca ás bases de uma serie de

questões importantes do direito penal, a legislação dos ultimos decennios escapou das mãos da doutrina para depois tomar-lhe a vanguarda, seguindo a sua propria vereda. Não é sem um certo pejo que o confessamos; mas os factos fallam. E ainda é facto que a doutrina começou vagarosa, porém não de má vontade, a accommodar-se aos novos caminhos em cada uma dessas questões. Onde isto aconteceu, inverteu-se a relação natural entre doutrina e legislação, como ella ainda existia no principio do seculo. Não foi aquella que forneceu á esta, mas esta áquella, muita materia acabada... E' preciso dizer a verdade: — a legislação, em mais de um ponto, sacudio a poeira da escola, que se havia aqui e alli accumulado.»

O testemunho é insuspeito, partindo, como parte, não de um legislador, mas de um criminalista. E ha tanta exactidão nas palavras de Schuetze, que não duvidamos juntar a ellas a seguinte observação: — os codigos penaes em geral têm mais caracter scientifico do que a maioria do *tratados*. Em muitos delles se acham resolvidas de modo satisfactorio um grande numero de questões que os theoristas julgam dever conservar, sem proveito algum, n'um perpetuo *status causæ et controversiæ*.

« Se a theoria, diz Richard John, quer apresentar principios, praticamente applicaveis, só os póde abstrahir dos problemas, que a propria vida juridica produz; todo e qualquer caso de direito traz em si mesmo o principio da sua solução.»—Mas é isto justamente o que ella não tem feito; d'ahi uma chocante desharmonia entre a theoria e a pratica, entre os livros da lei e os livros da doutrina.

Estas verdades, que são visiveis em relação a muitas questões componentes da propria materia do direito criminal, tornam-se ainda mais claras, no que toca á indagação philosophica do *direito de punir*.

Com effeito os codigos não têm seguido exclusivamente esta ou aquella *theoria*; pelo contrario encontra-se nelles uma combinação mais ou menos harmonica das consequencias deductiveis, se não de todas, ao menos da maior parte dellas. Assim pode-se affirmar que as

theorias philosophicas puras, aquellas que têm o nome de *absolutas*, por que consideram a pena como *res absoluta ab effectu*, hão tido uma influencia, quasi nulla nas codificações penaes.

Não assim as outras, as philosophico-positivas, chamadas tambem *relativas*, por encararem a pena como *res relata ad effectum*. Essas entraram no dominio pratico, e apparecem em gráos differentes nos corpos de lei criminal.

A designação de *philosophicas puras* e *philosophico-positivas* não é contraria á conhecida divisão das theorias do direito de punir em *absolutas*, *relativas* e *mixtas*.

Estas ultimas pertencem com as segundas á classe das philosophico-positivas, pois que ambas procuram beber na experiencia o fundamento da penalidade. A differença só está em que as *mixtas* dão maior espaço ao elemento aprioristico, aos principios abstractos.

Não cabe aqui fazer uma completa exposição de todas estas doutrinas. Limitamo-nos a mencionar as mais importantes, e ainda assim nos circumscrevendo aos tempos derradeiros.

Começando pela mais antiga entre as modernas, temos em primeiro logar a theoria do *terror* (Filangieri, Gmelin); depois... a theoria da *coacção psychologica* (Feuerbach), a theoria da *advertencia* (Bauer); a theoria da *prevenção* (Grolman); a theoria da *emenda* (Steltzer, Ahrens, Roeder); a theoria do *contracto* (Beccaria, Fichte); a theoria da *defeza* (Schulze, Martin, Romagnosi); a theoria da *compensação* (Klein, Welcker); a theoria da *justiça civil* (Hepp); a theoria da *retribuição necessaria* (Kant. Zachariæ, Henke, Carrara); a theoria da *necessidade dialectica* (Hegel, Trendelenburg, Hælschner); a theoria da *ordenação divina* (Stahl, Bekker, Walter); finalmente a longa serie de theorias *mixtas*, em que o principio absoluto e o relativo são coordenados (Mõhl, Henrici, Wick, Mittermaier, Heffter, Berner, Rossi, Gabba, Hans, Ortolan, Vollgraff, Kœstlin, Abegg, etc., etc.)

A nosso vêr, todos estes chamados systemas de direito punitivo devem ser inteiramente banidos do estudo do direito criminal. Todos elles se propoem a resolver uma

questão insoluvel, que quando mesmo fôsse resolvida, não alterava em cousa alguma a pratica da justiça puniente.

O centro de gravidade do direito criminal está na *pena*, como o do direito civil está na *execução*. Ora, ainda não se buscou saber, qual a razão philosophica do direito de *exequir*; para que buscal a para o direito de *punir*? De todas as bôlhas de sabão metaphysicas é talvez essa a mais futil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da critica.

O nosso codigo, como quasi o geral dos codigos, não se fez orgão de nenhum systema philosophico sobre o *jus puniendi*. (3) Consciente ou inconscientemente, admittio ideias de procedencia diversa. A disposição dos arts. 1 e 2 § 1.° é a consagração da *positividade* de todo o direito criminal. O art. 33, que reconheceu o principio das penas *relativamente determinadas*, poz-se do lado das theorias *utilitarias*, (4). Dir-se-hia um echo longinquo do art. 16 da *Declaration des droits de l'homme* :— «La loi ne doit décerner, que des peines strictement et évidemment necessaires ; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles á la société.»

O que, porém, o codigo não fez foi applicar qualquer principio das theorias absolutas. A evidencia disto resulta da simples inspecção do seu *quadro penal*. O processo de differenciação *quantitativa* e *qualitativa*, a que elle sujeitou a applicação da pena, dá testemunho de um certo respeito pelo principio da *individualisação*, que aliás se acha em estado de polaridade com qualquer ideia de justiça absoluta. (5)

---

(3) Não esquecer que o auctor se refere ao velho codigo penal brasileiro. (Nota de S. R.)

(4) As penas são—1° *absolutamente determinadas*, cuja formula é A—B ; 2.° *absolutamente indeterminadas*, cuja formula é A —X, sendo o valor de X a pena que o juiz quizer; *relativamente determinadas*, cuja formula é A—B, ou C, ou D, conforme as circumstancias.

(5) Por exemplo:—a primeira *fórma* do crime de homicidio (art. 192) é ameaçada com penas de tres naturezas:—*morte, galés perpetuas*, e *prisão com trabalho por* 20 *annos*, para ser uma dellas escolhida, não pelo juiz, e tão pouco pelo criminoso, mas pelo *crime mesmo*.

O presupposto psychologico da *má fé* (art. 3) não foi bebido em theoria alguma, pois é uma velha verdade empirica, a cima de toda a duvida.

Quanto aos alvos especiaes da *prevenção*, do *terror*, da *segurança*, da *emenda*... é concebivel que o codigo os admittisse como razões cooperativas, não assim porém como unicas ou precipuas. A *emenda*, sobretudo, é difficil que entrasse nos calculos de um legislador, que no seu *apparelho penal* deixou subsistir a *forca* e a *calceta*. Não se corrige o homem *matando*-o; ainda menos, *aviltando-o*. No primeiro caso, ha uma antinomia natural; no segundo, uma antinomia moral.

Mas se é certo este papel quasi nullo da *emenda*, como fim da pena imposta aos violadores das leis criminaes propriamente ditas, tambem é certo que ella entra como momento essencial no conceito da *pena militar*, que ainda mesmo quando tem por effeito a destruição, o aniquilamento do criminoso, não perde de vista a manutenção do espirito de obediencia, a disciplina do exercito.

IV

Se o crime é um producto dos factores que constituem a « economia moral e juridica » da associação humana. Se os conceitos isolados da razão, dos interesses sociaes e do amor da justiça resolvem o problema.

Sobre o modo de apreciar scientificamente o *crime* e o *criminoso*, ha hoje um grupo de opiniões divergentes. Ao lado do velho ponto de vista do *indeterminismo* philosophico, para o qual o crime, bem como a virtude, é sempre o effeito de uma causa livre, apparecem duas outras intuições,—a *naturalista* e a *socialista*,—não menos parciaes e incompletas em seus principios, porém ao certo mais exageradas em suas consequencias.

A intuição *socialista*, que pudera tambem chamar-se intuição *litteraria*, porque é no dominio da litteratura propriamente dita, que ella conta os seus melhores

representantes, não quer vêr no delicto senão um resultado da má organisação social. Por um estranho *romantismo humanitario*, que se compadece mais do criminoso do que da sua victima, ella faz da sociedade uma co-ré de todos os réos, intimando-a para que opponha ao crime os unicos obstaculos possiveis: a instrucção e o trabalho.

A intuição *naturalista*, porém, comquanto maneje melhor os dados da observação, não chega todavia a inducções mais razoaveis.

A efficacia do trabalho e da instrucção, diz ella,— como principios *selectores*, como forças capazes, por si sós de eliminar o espantoso phenomeno *dysteleologico*, a irregularidade social, chamada *crime*, é muito duvidosa. A ignorancia e a miseria não são o unico tronco, de onde rebentam os motivos de *delinquir*. O exemplo de grandes criminosos, cultos e abastados, não é facto excepcional.

N'este ponto a doutrina *naturalista* leva de vencida a outra, que aliás só póde fazer-se valer na defesa e absolvição de delinquentes ideiaes, como João Valgean; que no mundo pratico não tem significação alguma e é justo que não a tenha.

Mas tambem o proposito de reduzir o crime a um simples phenomeno natural, e este é o alvo dessa theoria, qoe podemos designar por *naturalismo juridico*, querer reduzir o crime a um phenomeno necessario, fatalmente inevitavel, como a propria morte, não deixa de provocar serios escrupulos, ainda aos espiritos mais desabusados e accessiveis a tudo.

O naturalista, que se habitúa a vêr as cousas, conforme os seus processos de observação,—o naturalista para quem todos os phenomenos são phenemenos da natureza, sujeitos a leis,que a sciencia investiga e estabelece, é desculpavel até certo ponto, quando aprecia os factos criminosos como outros tantos effeitos de causas naturaes, cuja acção póde ao muito ser desviada, nunca, porém, extincta ou diminuida.

Não é menos desculpavel o philosopho social, que traçando planos de reforma e nova direcção da vida publica, entende ser facil por outros meios, que não os

meios coactivos, fazendo da *escola* um subrogado da cadeia, melhorar no seu fundo a indole dos criminosos, que afinal só o são pelo influencia malefica do ambiente. A illusão é palpavel, mas póde justificar-se.

Quem não tem razão de escusa, quem não merece graça perante a logica, é o homem do direito, é o criminalista, que por ventura ainda se deixa arrastar pelo passageiro encanto de taes doutrinas, e quer prender a sua sciencia ao carro triumphal das sciencias naturaes, quando não atal-a ás azas de uma van philosophia romanesca.

Entretanto é possivel um accôrdo; convém que nos entendamos. A parte que têm os factores naturaes e sociaes na genese do crime, é incontestavel. Negal-a importaria desbaratar, por um lado, todos os trabalhos da *anthropologia criminal*, dentro mesmo dos limites da sua competencia, e por outro lado combater até a influencia da educação, como factor social, sobre a origem do delicto, o que seria um absurdo.

A questão consiste em saber o verdadeiro alcance da acção desses factores. Quem não se admira, por exemplo, de vêr um filho ou um neto repetir em todo o seu rosto os traços e movimentos do pae ou do avô, phenomeno que se explica por uma lei de *herança similar physiologica*, nem de vêr o moço de hoje morrer da mesma doença, de que morreram os seus avóengos, o que se diz explicavel por outra lei de *herança similar pathologica*, quem comprehende isto, já não póde admirar-se de ouvir fallar de uma lei de *herança similar psychologica*, pela qual os descendentes recebem dos ascendentes um peculio, não só de bôas, mas tambem de ruins qualidades. Entre estas ultimas póde bem admittir-se uma tendencia particular para o crime.

Até ahi não ha contestação. A duvida, porém, apparece, quando assim estabelecida e reconhecida a verdade, pretende-se eliminar, como quebrados minimos, que não perturbam o calculo, os demais factores, inclusive a propria vontade, e fazer remontar sómente a causas naturaes, ou a vicios de organisação social, a pratica de acções criminosas.

Não é preciso ir tão longe. A *materia peccans* de ambas as theorias está sómente no exclusivismo das suas pretenções, no quererem dar a solução de tudo, só porque dão a solução de alguma cousa. Pondo, pois, de lado, como inaproveitavel, a quota do exagero e do desproposito, é justo reconhecer o que ha de razoavel nas mencionadas doutrinas.

Não se pode dizer *á priori*, quaes e quantos são os factores do crime. Dado que designemos a *vontade* por A, a *natureza* por B, a *sociedade* por C ;—o crime não é exactamente o producto de $A \times B \times C$. Os factores conhecidos não exgotam a serie, e entre os termos A, B, C, ha termos medios, cujo valor não se acha determinado.

Mas isto não se oppõe a que, admittida como essencial a *parte voluntaria* do individuo delinquente, se façam tambem valer os outros dous principios geradores do delicto, os quaes nem sempre funccionam em proporções identicas.

Assim é fora de duvida que a natureza entra com a sua dóse de influencias physicas e chimicas para a formação do homem criminoso, influencias que muitas vezes se manifestam até na differença de effeitos produzidos por uma alimentação differente. Não é menos indubitavel o quinhão da sociedade, o influxo do *monde ambiant* moral e juridico sobre a concepção e execução dos crimes.

Um grupo social, em cujo meio, por exemplo, o fana tismo religioso não encontra correctivo, vê multiplicarem-se facilmente os delictos causados por divergencia de crenças. Em um paiz, onde as ideias de *honra*, de *dignidade*, de *moralidade* em geral, assentam em velhos preconceitos, o numero de crimes commettidos por motivos frivolos é sempre maior do que naquelle, onde taes ideias são mais puras e esclarecidas. Um povo, entre o qual a riqueza é mal distribuida, e o trabalho mal recompensado, tem quasi por certa a constante repetição dos delictos contra a propriedade.

São verdades estas, que não é licito contestar. O que importa, sobretudo, é não lhes dar um valor scientifico superior ao que ellas contêm.

Como se deprehende da multiplicidade e variedade de factos, que entram na sua alçada, o direito criminal tem um problema assás complicado. Para resolvel-o, elle ha mister de lançar mão de principios induzidos da observação exacta e completa do mundo sujeito ao seu dominio.

A *razão*, como fonte de conhecimento, isolada da experiencia, não póde dar solução satisfactoria de nenhuma questão pratica, de problema nenhum da vida; e o direito é antes de tudo uma sciencia da vida, uma sciencia pratica. Tampouco póde, por si só, o conceito dos *interesses sociaes*, ou o do *amor da justiça*, assentar as bases do direito punitivo. A sociedade, ao menos no seu actual estado de cultura, não tem sómente *interesse* em punir o crime; tem tambem o *dever* de assim obrar. E' o que dá um caracter ethico ao exercicio da funcção penal.

O *amor da justiça* é um facto subjectivo. Tomado como principio regulador, elle explica tão pouco o instituto da pena, como o simples *amor do bello* póde explicar à existencia da arte.

V

Se do caracter humano como factor; das respectivas acções como resultantes; dos elementos fundamentaes, ou adventicios do caracter, e das suas variantes se póde inferir que o crime seja um producto natural do mesmo caracter

Grande numero das ideias enunciadas nas paginas anteriores tem applicação ao presente assumpto, principalmente as que dizem respeito á influencia de causas naturaes sobre a genese do delicto. Não é mister repetil-as.

A questão proposta, que é uma these de *caracterologia*, constitue o maior problema da *psychologia do*

crime. (6) Da sua solução depende a propria existencia do direito penal, como instituto autonomo, como apparelho de velho uso contra as fracturas da ordem social.

Mais felizmente não é muito de receiar tal perigo. A *sciencia do caracter*, ou o que é o mesmo, *a sciencia das relações constantes entre a vontade e os motivos*, ainda não está firmada; e ha bôas razões de crer que nunca o será.

E' exacto o que disse Kant: — se fôssem conhecidos todos os impulsos, inclinações e affectos, que determinam a vontade, as acções humanas podiam ser previstas com o mesmo grão de certeza, com que se prevê um eclypse do sol ou da lua. Porém é justamente esse conhecimento que a experiencia demonstra ser impossivel; e é de suppor que o proprio Kant não acreditava na sua possibilidade, sob pena de pôr em duvida o valor e importancia de um dos seus grandes feitos philosophicos, o *imperativo categorico* do dever.

Sobre o caracter humano ha duas vistas extremas: — uma, que se filia na escola de Locke, pretende que todos os homens são iguaes ao nascer, que não ha *caracter individual*; o que depois recebe este nome, é um resultado das impressões exteriores, da educação, do destino.

A outra, que é mais nova, sustenta a *immutabilidade* do caracter; diz que elle póde manifestar-se por modos diversos, segundo a diversidade das occasiões, a differença das condições vitaes, mas no fundo permanece sempre o mesmo. Esta ultima opinião tem por si a autoridade de Schopenhauer.

E. von Hartmann entende que ambas as vistas desviam-se da verdade, pois que se limitam a explicar uma parte dos factos, escondendo a outra, não menos real, nem menos importante. Isto é exacto. Cremos entretanto que o philosopho não preencheu a lacuna, por elle observada.

---

(6) A palavra *caracterologia* póde parecer um pouco pedantesca, mas não é superflua; ella exprime alguma cousa, que outra não póde exprimir. Foi Julius Bahnsen quem a introduzio na philosophia.

A nosso vêr, as theorias *darwinico-haeckelianas* è que estão mais no caso de conciliar a divergencia e resolver a questão. O caracter é uma accumulação de actividades psychicas, e como tal, é antes de tudo um capital *herdado*. Mas esta *herança*, que muitas vezes póde vir de remotissimos troncos, através de seculos, não exclue a possibilidade de uma modificação para mais ou para menos, pelo proprio trabalho do individuo, pela acção das circumstancias, pela influencia do meio. O caracter póde pois ser tambem um producto de *adaptação*.

Assim existe uma *ontogenia*, bem como uma *phylogenia* do caracter. A primeira é uma breve recapitulação da segunda, determinada pelas leis da adaptação e da herança. De accordo com esta doutrina, e no que concerne ao crime, póde-se então dizer que o individuo, no curto espaço do seu desenolvimento, atravessa todas as phases de primitiva rudeza e ferocidade animal, por onde tem passado o desenvolvimento da especie, ainda que estas phases se contem alli por millenios e aqui por instantes. (7)

Quando Hartmann diz que o caracter é *um modo de reacção contra uma classe particular de motivos*, deve comprehender-se no sentido *ontogenetico*; porquanto *phylogeneticamente* apreciado o caracter do individuo é uma quantidade negativa; é a ausencia do mesmo caracter; é o individuo considerado simplesmente como *portador* de todos os predicados e defeitos dos seus ascendentes.

Mas em materia juridica, sobretudo em materia criminal, o que importa deixar fóra de duvida, é a *individualidade*; e esta não desapparece com a herança de vicios ou virtudes. A doutrina *caracterologica* do fatalismo do crime estende as suas raizes até ao terreno da theologia, onde a questão surgio sob outra fórma, porém

(7) Ao leitor de Haeckel talvez pareça que alterámos o sentido da palavra *ontogenia*, fazendo-a significar alguma cousa que está além dos limites da embryologia propriamente dita; mas ha engano. A *ontogenia* é a historia da evolução do individuo, e esta não se conclue no periodo fetal. Psychologicamente, pelo menos, é impossivel indicar o ponto em que termina o desenvolvimento individual; em mais de um assumpto, a *psychologia* é uma continuação da *embryologia*.

com o mesmo fundo. Vem pois a pêlo perguntar: —se o *predestino* para o mal é um sonho de theologos, por que tambem não sê-lo-ha o *predestino* para o delicto?

« Se é certo que o delicto como facto natural está sujeito a outras leis que não as leis da liberdade, isto não quer dizer que o direito deve deixar de interpor-se como meio de corrigir a natureza. Que ha de mais natural e como que fatalmente determinado, do que o curso dos rios? E todavia póde-se desvial-o. Tambem o direito, maxime o direito penal, é uma arte de mudar o rumo das indoles e o curso dos caracteres, que a educação não póde amoldar; não no sentido da velha theoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o céo, mas no sentido da moderna selecção *darwinica*, no sentido de adaptar o homem á sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que afinal é o alvo de toda politica humana. » (8)

VI

Definição do crime, seus aspectos, philosophico e legal (art. 2.º § 1.º)

Perante a lei não ha outra definição do crime, senão aquella que a mesma lei estabelece. Considerado como facto humano, como phenomeno da vida social, o crime póde ser medido pela bitola ethica ou religiosa, malsinado como uma infamia, ou assignalado como um heroismo, mas ainda não é crime, não recebe esse caracter, emquanto lhe falta a base legal. E' o que exprime a conhecida paremia: *nullum crimen sine lege*.

O que dá a este ou áquelle facto o valor juridico de um acto criminoso, é a autoridade legislativa. O momento da *legalidade* é pois essencial ao conceito do delicto. Foi o que fez Carrara dizer que o crime é uma *entidade juridica*; o que aliás tem tanta graça, como se alguem dissesse que a doença é uma *entidade medica*.

(8) *Menores e loucos* —2ª edição - pag. 72 e 73.

Mas posta de lado a casca metaphysica, o miolo é aproveitavel, o fundo da these é verdadeiro.

Assim costuma se definir o crime como uma acção offensiva do direito, ameaçada com pena publica, ou segundo o nosso codigo, «toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes.» A definição é exacta, a unica exacta, na esphera da lei. O juiz, o advogado, o jurista pratico em geral, não sabem, não carecem de outra. Ella fornece o criterio exterior, e tanto lhes basta, por meio do qual o delicto se dá a conhecer ; nenhum outro póde substitui'-o, seja qual fôr o facto questionado.

Mas é preciso notar : — essa definição é de natureza *formal* ; ella nos põe em estado de podermos classificar as acções humanas, segundo a medida de um direito positivo determinado, como criminosas ou não, porém nada nos diz sobre o que seja crime em geral, nem por que razão a lei o ameaça com penas. Dá-nos o caracteristico, mas não a essencia do crime.

A indagação deste elemento essencial não incumbe propriamente ao criminalista; porém não é superflua, nem deixa de contribuir para uma elevação de vistas na esphera do direito.

O alvo da lei penal não é diverso do de outra qualquer lei : assegurar as condições vitaes da sociedade. Somente o modo, como ella prosegue e realisa este alvo, tem um caracter especial : para isso ella serve-se da *pena*. Por que razão ?

Será porque qualquer desrespeito da lei encerra uma rebeldia contra a autoridade publica, e merece portanto ser punida ? Se fôsse assim, deveria tambem receber uma pena toda e qualquer offensa do direito, por exemplo, a recusa do vendedor a cumprir o contracto, ou a do devedor a pagar o dinheiro emprestado, e muitos outros factos de igual genero. Seria pois consequente que só houvesse uma pena : a infligida pelo desprezo das prescripções legaes, como sómente um crime : o da resistencia do subdito ao *imperium* preceptivo ou prohibitivo do poder do Estado.

Isto porém não se admitte. Qual é então o motivo, porque a lei, ao passo que pune certas acções, que estão

em antagonismo com ella, deixa outras sem punição? Tanto nestas, como naquellas, trata-se de um menospreço do direito, e pois que este é o conjuncto de condições vitaes da sociedade, trata-se de uma violação das mesmas condições. Se os contractos de compra e venda não fôrem satisfeitos, se os debitos não fôrem pagos, a sociedade fica por isso tão ameaçada em sua existencia, como por effeito de mortes ou de roubos. Por que razão a pena aqui, e não alli?

Uma resposta satisfactoria está um pouco além do horizonte juridico. A applicação legislativa na penalidade é uma pura questão de politica social. Ella resume-se na seguinte maxima: impôr pena em todos os casos, em que a sociedade não póde passar sem ella. Como isto porém é assumpto da experiencia individual, das circumstancias da vida e do estado moral dos diversos povos e epocas, a extensão da penalidade em face do direito civil, ou o que é o mesmo, a extensão do crime é historicamente mutavel.

Houve um tempo em Roma, no qual certas relações contractuaes, como a *fiducia*, o *mandato*, dispensavam completamente a protecção do direito e só contavam com a garantia dos costumes (*infamia*); veio depois a protecção juridico-civil (*actio*), e finalmente a criminal (*crimen stellionatus*).

Entretanto, por mais mutavel que seja a extensão do delicto, o seu conceito é sempre identico. Por toda parte elle representa-nos de um lado, isto é, do lado do delinquente, uma aggressão contra as condições vitaes da sociedade, e do lado desta, a sua convicção, expressa em fórma de direito, de que ella não póde defender-se do mesmo delinquente, senão por meio da pena.

Este é o conceito *material* ou o aspecto philosophico, em harmonia com o conceito *formal* ou aspecto legal do crime, acima estabelecido.

Não se entenda, todavia, que a philosophia criminal se exhaura com tão poucos dados. Conforme o espirito que a anima, a philosophia póde formar do crime uma ideia

bem diversa daquella que serve de base aos codigos penaes.

E' assim que, tomando um ponto de vista superior, Polleti ousa dizer: — «Considerado em relação ás leis da natureza, na sua mais ampla significação, o delicto é um *acontecimento innocente*. A natureza não distingue entre os modos. Agradam-lhe igualmente o punhal do assassino, o veneno, a peste, o facho da volupia, a attracção do amor, o furor das batalhas, pois que a vida acha na morte o seu mais largo alimento.»

Ao ouvir estas palavras, o jurista, a quem pouco importam as leis da natureza, sente por certo arripiarem-se-lhe os cabellos; mas nem por isso ellas deixam de ser muitissimo exactas.

Foi assim tambem que Guilherme Fischer, encarando o assumpto por outra face, aventurou-se a escrever o seguinte: — « O crime em sua existencia é tão autorisado como a lei, pois esta não é menos do que elle, fundada sobre a violencia... O facto de punir-se o crime não indica a sua ruindade, mas somente o poder do maior numero. Se os homens se tornassem seres ideiaes, tornar-se-hiam tambem tediosos e inuteis.

A disposição criminosa é que provoca a actividade humana, no incessante esforço da defesa, e que nunca deixa amortecer a força creadora ; em um seculo ella tem feito a humanidade avançar mais do que pudera fazel-o em milhares de annos, sem o impulso desse aguilhão. O crime é a vida da humanidade, o sangue que pulsa em suas veias, e não consente o corpo se dissolver. Se cessasse a sua efficacia, que tudo anima e tudo agita, a humanidade mesma não existiria mais ; porquanto com o *ultimo criminoso* extingue-se tambem o *ultimo homem*. » (9)

No ponto de vista do jurisconsulto, este pedaço é um conjuncto de desatinos. Sel-o-ha igualmente, e sem reserva alguma, aos olhos do philosopho? E' bem dubitavel.

---

(9) *Rechts- und Staatsphilosophie* pag. 128.

Em todo caso, não se póde negar que ahi temos um conceito philosophico do crime; se acceitavel ou não, é questão á parte. O que deve emfim ficar assentado, é que o conceito *material* preexiste ao conceito *formal*. A' sciencia incumbe reunil-os, confrontal-os, e explicar reciprocamente um pelo outro.

VII

Se o codigo não admittindo a tricotomia do codigo penal francez, póde ser justificado quanto á outra, que adoptou, de crimes publicos, particulares e policiaes (art. 1°)

Vem de longe, de muito longe, o gosto das tricotomias ou divisões tripartitas em materia scientifica, principalmente juridica. Não raras vezes, só para obedecer ao sestro tradicional do estudo das cousas, sempre debaixo de um triplo aspecto, os autores forçaram o seu assumpto a lhes mostrar tres faces, tres ordens de ideias, tres pontos de observação.

O direito romano é fertil em exemplos de tal mania. Basta lembrar, entre outras, a divisão do *jus publicum*, feita por Ulpiano, como consistindo *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*, para dar a comprehender o enraizamento do vicio a semelhante respeito. A parte *sacral* do direito publico entra ahi apenas como uma necessidade logica do espirito do tempo; não tem outra razão de ser.

O máo vêzo passou aos posteros, que ainda hoje não estão de todo curados das visões *trinitarias*. Com relação ao direito, sobretudo, parece que a musa da verdade não póde dictar os seus oraculos senão de cima da *tripode*. Dir-se-hia que o que não se divide em *tres*, não é comprehensivel.

Os modernos systemas de legislação criminal não se eximiram da regra commum; e o *Code penal*, com o seu terno de *crimes, delictos* e *contravenções*, contribuio não pouco para que o phenomeno se repetisse em muitos outros codigos.

Entretanto o nosso quiz fazer excepcão. Como já uma vez dissemos, o legislador criminal brazileiro regulou-se em mais de um ponto pelas doutrinas do *Code penal*, mostrando comtudo uma certa vontade de corrigil-o e melhoral-o a seu modo. Foi, porém, pela mór parte infeliz nestes melhoramentos. (10)

E' o caso com a divisão tricotomica do codigo francez, que o nosso não acceitou, estabelecendo logo em principio a equivalencia juridica de crime e delicto. Não acceitar aquella divisão teria sido um acto meritorio, poderia até dar testemunho de uma nobre rebeldia contra a tradição recebida, se o legislador tivesse sabido manter-se no mesmo terreno. Mas assim não succedeu. (11)

Depois de apagar toda differença conceitual entre *crime* e *delicto* (art. 1°), o que denota o proposito de não seguir, ao menos nesse ponto, o exemplo do codigo francez, o nosso codigo estabeleceu na parte especial uma triplice classificação dos crimes em *publicos*, *particulares* e *policiaes*, que afinal não se mostra menos arbitraria do que a outra, que elle não quiz adoptar.

Nunca fômos admirador da divisão feita pelo *Code*; porém nunca tambem fizemos côro com os seus detractores, sobretudo quando estes fallam em nome de uns chamados principios de *eterna justiça*, como fez Rossi, que foi sem duvida um grande espirito, um economista progono, mas como criminalista não andou muitos passos além de um escriptor de occasião ou de um simples dilettante.

O *Code penal*, tendo creado tres classes de infracções, para cada uma das quaes decretou penas differentes, entendeu dever designal-as por nomes diversos e dar a nota caracteristica de cada classe pela mesma differença da pena. Era de seu direito, como é de todo legislador criminal. Uma questão mais de pratica do que de theoria, mais de fórma do que de fundo. Onde está pois o motivo da censura?

---

(10) *Menores e Loucos* - 2.ª edição pag. - 52.

(11) Não esquecer que o auctor refere-se ao antigo codigo penal brasileiro. Muitas de suas observações, porém, applicam-se ao nosso actual codigo criminal. E' facil fazer a concordancia. Nota de S. R.

Se o crime em ultima analyse é uma obra da lei, no sentido de não julgar-se tal, senão o facto que a mesma lei de ante-mão assim qualifica, ameaçando-o com penas, não ha melhor criterio de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição comminada. A pena é uma especie de *expoente* da criminalidade; ella indica, por assim dizer, a *potencia*, o gráo de responsabilidade juridica, a que o legislador elevou a pratica deste ou daquelle acto; o que fez von Ihering affirmar, e com bastante fundamento, que a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes: quanto mais alto é o bem, maior é a punição imposta ao seu violador.

Já se vê que regular a escala da criminalidade pela da penalidade não é uma operação tão exquisita e desponderada, como entenderam os penalistas metaphysicos. Se a incriminação é signal da maldade do acto, a pena é signal da incriminação, e por conseguinte, de accordo com a velha regra logica —*nota notæ est nota rei ipsius,*— signal da maldade mesma.

Isto é evidente. Todavia, o nosso legislador quiz tomar outro ponto de partida. Não o censuramos, nem o louvamos por isso. Mas julgamos injustificavel a sua incoherencia em desprezar a divisão capital do *Code* e admittir depois outra, cujos membros não representam categorias juridicas, nem mesmo formaes, do crime e da pena; reduzem-se a meras phrases.

Com effeito basta perguntar: — que é um *crime publico?* Em face do nosso codigo, a resposta só póde ser tautologica e banal; porquanto não ha outra senão esta: —é aquelle que se acha mencionado sob a rubrica dos *crimes publicos* ou que está comprehendido entre os arts. 67 e 178 do mesmo codigo. Nada ha mais futil, nem que mais produza a impressão da puerilidade.

Como é sabido, o conceito dos crimes publicos e *particulares* não surgio pela primeira vez na cabeça do nosso legislador; já era uma velha ideia, herdada do direito romano. Mas aqui ella tinha um sentido determinado e distincto, sentido que aliás o codigo não conservou.

Se ao menos elle se tivesse firmado no proposito de assignalar as tres classes de delictos pelo lado processual, chamando *publicos* sómente aquelles que dessem lugar á uma acção publica, isto é, a um processo intentado por parte e em nome da justiça, ainda havia uma razão de desculpa. Mas este pensamento, bebido na tradição romana, quando mesmo lhe tivesse servido ao principio como norma de classificação, não foi sempre respeitado com a precisa coherencia.

A importancia pratica da divisão tripartita, e a lei visa mais o pratico do que o theorico, —desapparece quasi de todo, quando se considera que o legislador estabeleceu no Codigo do Processo Criminal outra divisão dos crimes em *afiançaveis* e *inafiançaveis*, por força da qual grande numero de crimes *particulares* entram na categoria dos *publicos*, no sentido de poderem e deverem ser perseguidos independentemente do offendido querelante. Deste modo a linha de separação entre os delictos da segunda e os da terceira parte do Codigo Criminal ficou extincta, reduzindo-se a classica divisão a uma simples theoria.

E talvez até menos do que isso, pois ainda concedendo que o legislador houvesse tomado como criterio distinctivo dos crimes publicos a ideia de terem estes por objecto de aggressão o interesse do Estado, ou como hoje se diria, as suas condições staticas e dynamicas, é mister reconhecer que essa mesma ideia falhou em mais de um ponto.

Com effeito nós podemos affoutamente perguntar: —em que é que o Estado recebe offensa mais directa com o delicto de *falsidade* ou de *perjurio*, por exemplo, do que com o de *estellionato* ou de *roubo*? Por que razão aquelles entre os *publicos*, e estes entre os particulares? Não é facil o allegar um motivo satisfactorio.

Quanto aos crimes *policiaes*, que formam um terceiro grupo, ha tambem a observar que a ideia directora do legislador em fazer delles uma classe especial não foi bem accentuada. Qual seja realmente em taes delictos o objecto da offensa, não salta aos olhos de todos. Nessa parte encontram-se disposições de caracter tão pouco policial, que facilmente descambam para o terreno dos delictos de outro genero. Como prova, basta lembrar os

arts. 301 e 302 sobre o uso de nomes suppostos e titulos indevidos.

Vê-se pois que ainda ahi faltou ao legislador um razoavel *argumentum divisionis*, em relação, não só á natureza dessa classe de acções criminosas, como tambem á respectiva penalidade. Porquanto, alem de não irem ellas de encontro a esta ou áquella ordem particular de direitos, que lhes imprima um caracter proprio, as penas comminadas não são menos indistinctas e communs a outros delictos. Tão communs e indistinctas, que ainda hoje é problema irresoluto, nas altas regiões da sciencia juridica patria, mesmo depois da reforma judiciaria de 1871, determinar ao certo pela bitola penal, quaes e quantos são os crimes policiaes. (12)

De tudo isto resulta que o nosso legislador criminal não foi muito feliz nas suas innovações.

VIII

Relatividade da lei penal quanto ao tempo, ao espaço e á condição das pessoas. Grupos de crimes, inclusive os militares, e sua classificação; e de outros factos não comprehendidos no Codigo (arts. 308 e 310)

Toda lei tem um circulo de acção; a sua efficacia é limitada; estes limites constituem a sua relatividade.

A primeira relatividade da lei, sobretudo da lei penal, é determinada pelo *tempo*, a segunda pelo *espaço*, a terceira pela *condição das pessoas*. E tres são justamente os pontos de vista, sob os quaes se póde estabelecer que a acção da lei é relativa.

Em outros termos, ha tres ordens de condições, a que a lei está sujeita, e que bem poderiam chamar-se: — condições *chronologicas*, *geographicas* e *sociaes* ou *politicas*. Estas ultimas, que dizem respeito á consideração de pessoas, não seria desacertado que tivessem o nome

(12) Vide Paula Pessoa—Cod. do Processo.—Nota 1250.

de *pessoaes*; mas havia risco de confundil-as com as condições psychologicas do crime ou presuppostos da imputabilidade, que são exclusivamente de caracter pessoal.

Vejamos primeiro o que significa a relatividade quanto ao tempo. E' uma these geralmente acceita que a efficacia da lei penal, como a de outra qualquer lei, começa no dia da sua publicação, caso não se determine, para ella vigorar, como dá-se em alguns paizes, uma epoca posterior (*spatium vacationis*).

Dahi resulta que as acções praticadas antes da lei ou da sua publicação não podem ser julgadas de conformidade com ella. Este principio é a regra, e como tal deve ser mantido. As excepções não têm força de alteral-o, nem de fazer da these contraria um outro principio.

Mas a regra, que é incontestavel, e sobre a qual estão de accordo legisladores e juristas, não daria, por si só, lugar a questão alguma. E' do conflicto em que ella ás vezes se põe com os factos, com o sentimento da justiça, com o proprio alvo supremo do direito, que surgem as excepções; e estas então abrem caminho á controversia.

Se as leis humanas fôssem, como as naturaes, ao menos até onde chega o nosso conhecimento da natureza, sempre as mesmas, permanentes, irrevogaveis, a nossa questão não teria senso. Porquanto, uma vez assentado que nenhum acto se julga criminoso, se não em virtude de uma lei, desde que esta começasse a vigorar, e na hypothese da sua irrevogabilidade, não se conceberiam casos de excepção. Qualquer excepção seria pôr um crime fóra da acção da lei, isto é, seria um caso de *impunidade*, que aliás não se comprehende no ponto questionado.

Já se vê que a relatividade das leis penaes, quanto ao tempo, só tem interesse, sob o presupposto de duas ou mais leis que se succedem, e a cujos dominios distinctos correspondem diversos momentos, ou da pratica do crime mesmo, ou da marcha do processo e da applicação da pena.

Que as leis penaes são limitadas no tempo e como taes não regulam acções anteriores a ellas, é ponto lucido e evidente, sobre que seria superfluo discorrer. E' um

dos corollarios da these constitucional de que nenhuma lei terá effeito retroactivo; o que foi tomado como principio regulador pelo art. 1° do nosso codigo.

O que ha, porém, de questionavel é saber, quando e como esse principio está sujeito a modificações na esphera do direito criminal. Para que taes modificações se dêm, é mister suppor uma colisão de leis successivas, dispondo diversamente sobre um mesmo assumpto. Como não basta allegar que a *posterior* deroga a anterior, pois é isso justamente o que faz o objecto da questão,—importa averiguar, em que condições a regra permanece inalteravel, em que outras ella cede o lugar á excepção.

O que ha primeiro a estabelecer, é que, dada a existencia de uma lei penal, sob cujo dominio foi commettida uma acção criminosa, se antes de ser-lhe imposta a pena promettida, apparece uma outra, que impõe pena diversa, os effeitos desta ultima lei serão tambem differentes, a respeito do criminoso, conforme a quantidade e a qualidade da mesma pena.

Da hypothese de duas leis punitivas que vigoram em uma epoca determinada, dentro de cujos limites dá-se o crime e o seu julgamento, gera-se a possibilidade dos quatro seguintes casos: — 1,° a nova lei punir um acto, que a velha não punia; 2,° o inverso disto: a nova deixar impune, o que a velha lei condemnava; 3.° serem mais graves as penas da segunda do que as da primeira lei; 4,° finalmente, o contrario: —mais graves estas do que aquellas.

No 1.° e 3.° caso prevalece a regra da não-retroactividade; no 2.° e 4.°, porém, a solução é excepcional.

Que a nova lei punindo aquillo que a velha não punia, não tem força retroactiva sobre acções praticadas no imperio da ultima, é o que está mesmo exarado no principio —*nullum crimen sine lege*, — que foi acceito pelo nosso Codigo (art. 1.°).

Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes commettidos no vigor da lei antiga, que aliás comminava punição menor, é ainda uma verdade contida no principio —*nulla pœna sine lege pœnali*, — igualmente admittido pelo nosso direito (art. 33).

A exigencia de uma *lei anterior*, que qualifique o crime e estabeleça a pena, estende-se até ás modalidades de um e outro, não se limita a excluir, como diria um rhetorico classico, o estado de *conjectura* a respeito de ambos; quer ainda vêr excluidos os estados de *definição* e *qualidade*. Não basta que a pena e o crime tenham a *nota* legal, que como taes os dêm a conhecer; é preciso que todas as altas e baixas de valor juridico de um e de realidade pratica de outra estejam tambem legalmente firmadas.

Não ha, pois, distincção a fazer entre a hypothese de uma lei que sobrevem, na ausencia de toda e qualquer disposição legal anterior, e a de uma lei que estabelece, em relação a outra, mais grave penalidade. Este *plus*, esta differença *para mais*, que importa uma alteração da lei antiga, está nas mesmas condições de uma lei totalmente nova, que não vem modificar, mas pela primeira vez crear o crime e a pena.

Os quatro casos figurados estão comprehendidos nos arts. 1, 33, 309 e 310 do codigo. Os dous ultimos são complementos restrictivos dos dous primeiros, e deviam como taes occupar lugar immediato no art. 33.

Entretanto, devemos observar que as disposições complementares do codigo, nos arts. 309 e 310, não encerram a consagração de um principio geral, mas apenas um meio de resolver os conflictos, que por ventura apparecessem entre o mesmo codigo e as leis criminaes do antigo regimen.

Fóra da possibilidade de taes conflictos, que aliás só podiam dar-se dentro de um prazo posterior não muito longo, as questões attinentes á força retroactiva das leis penaes, nos pontos presuppostos pelos dous citados artigos, são antes de caracter doutrinario do que de caracter legal. (12)

---

(12) Aqui findava o manuscripto do auctor. (N. de S. R.)

III

Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal Brasileiro (1)

PARTE I

Dos crimes e das penas

TITULO I

Dos crimes

CAPITULO I

Dos crimes e dos criminosos

Art. I. Não haverá crime ou delicto (palavras synonimas neste Codigo), sem uma lei anterior que o qualifique.

Este artigo encerra duas ideias capitaes :— a consagração da synonimia ou identidade conceitual de *crime* e *delicto*, e a exigencia de uma lei preexistente, como condição formal do mesmo crime.

A primeira parte é uma especie de reacção contra as tradições recebidas no modo de differenciar e classificar os factos criminosos. Porquanto vem de longe, de muito longe, o gosto das tricotomias ou divisões tripartitas em materia scientifica, principalmente juridica. Não raras vezes, só para obedecer ao sestro tradicional do estudo das cousas, sempre debaixo de um triplo aspecto, legisladores e autores forçaram o seu assumpto a lhes mostrar tres faces, tres ordens de ideias, tres pontos de observação.

(1) Trata-se do velho codigo criminal. Este trabalho ficou interrompido, como os outros dois que o antecedem. Neste o leitor encontrará alguns trechos que são tirados dos — prolegomenos ao estudo do direito criminal. Inserimos, porém, aqui os dois escriptos taes quaes foram deixados pelo autor, porque cada um delles forma um todo distincto e contém ideias não repetidas no outro. N. de S. R.

O direito romano é fertil de exemplos de tal mania. Basta lembrar, entre outras, a divisão do *jus publicum*, feita por Ulpiano, como consistindo *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*, para dar a comprehender o enraizamento do vicio a semelhante respeito. A parte *sacral* do direito publico entra ahi apenas como uma necessidade logica do espirito do tempo ; não tem outra razão de ser. (2)

O máo vêzo passou aos posteros, que ainda hoje não estão de todo curados das visões *trinitarias*. Com relação ao direito, sobretudo, parece que a musa da verdade não póde dictar os seus oraculos se não de cima da *tripode*. Dir-se-hia que o que não se divide em *tres*, não é comprehensivel.

Os modernos systemas de legislação criminal não se eximiram da regra commum ; e o *Code penal*, com o seu terno de *crimes, delictos e contravenções*, contribuio não pouco para que o phenomeno se repetisse nos outros codigos. Assim, por exemplo, no codigo bávaro de 1813, art. 2 ; no prussiano de 1855, § 1 ; no belga de 1867, art. 1.

Entretanto, o nosso quiz fazer excepção. Como já uma vez dissemos, o legislador criminal brazileiro regulou-se em mais de um ponto pelas doutrinas do *Code penal* mostrando comtudo uma certa vontade de corrigil-o e melhoral-o a seu modo. Foi, porém, pela mór parte infeliz nestes melhoramentos. (3)

E' o caso com a divisão tricotomica do codigo francez, que o nosso não acceitou, estabelecendo logo em principio a equivalencia juridica de crime e delicto. Não acceitar aquella divisão teria sido um acto meritorio, poderia até dar testemunho de uma nobre rebeldia, se o legislador tivesse sabido manter-se no mesmo terreno. Mas assim não succedeu.

Depois de apagar toda differença conceitual entre *crime* e *delicto*, o que denota o proposito de não seguir, ao menos nesse ponto, o exemplo do codigo francez, o

---

(2) Th. Mommsen— *Roemisches Staatsrecht*, 1, pag. 4.

(3) *Menores e loucos*—2ª edição, pag. 52.

nosso codigo estabeleceu na parte especial uma tripla classificação dos crimes em *publicos, particulares e policiaes*, que a final não se mostra menos arbitraria do que a outra, que elle não quiz adoptar.

Nunca fomos admirador da divisão feita pelo *Code*; porém nunca tambem fizemos côro com os seus detractores, sobretudo quando estes fallam em nome de uns chamados principios de *eterna justiça*, como fez Rossi, que foi sem duvida um grande espirito, um economista prógono, mas como criminalista não andou muitos passos além de um escriptor de occasião ou de um simples dilettante.

O *Code penal*, tendo creado tres classes de infracções para cada uma das quaes decretou penas differentes, entendeu dever designal-as por nomes diversos e dar a nota caracteristica de cada classe pela mesma differença da pena. Era seu direito, como é o de todo legislador criminal. Uma questão mais de pratica do que de theoria, mais de fórma do que de fundo. Não vejo pois motivo de censura.

E aqui vem a proposito observar que não é de todo razoavel a opinião de ter sido creada pelo direito francez a tricotomia criminal. A historia dá testemunho de que ella é mesmo de origem allemã, posto que o professor von Waechter tenha se esforçado por demonstrar o contrario. (4)

Segundo o velho direito saxonio, as infracções puniveis dividiam-se em *delicta levia, delicta atrocia sive atrociora* e *delicta atrocissima*.

Como *delicta levia* consideravam-se aquellas acções, que eram ameaçadas com uma pena *levis seu civilis*, por exemplo, a pena de multa, ao passo que por *delicta atrocia sive atrociora* e *delicta atrocissima* comprehendiam-se as infracções punidas com pena de morte *simples* ou com pena de morte *reforçada*, acompanhada de outras penas. (5)

---

(4) Schwarze — *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, pag. 9.

(5) Rubo — *Kommentar ueber das Strafgesetzbuch*, pag. 102.

O direito canonico tambem conhecia uma tripartição dos crimes, *delicta ecclesiastica, sæcularia, mixta*. A' primeira classe pertenciam, por exemplo, a apostasia, o scisma, a simonia; á segunda, o homicidio, o furto, a falsidade; à terceira, o adulterio, o concubinato, o incesto, a sodomia. Porém estas e outras divisões, como as de *crimina excepta* e *non excepta*, — *nominata* e *innominata*... não têm hoje importancia alguma.

Como se vê, já o direito saxonio fazia da penalidade o signal caracteristico e distinctivo dos crimes. O velho criminalista Carpzow exprimiu-se claramente a este respeito, dizendo : *ex qualitate pœnæ, quæ pro delicto imponitur, qualitas et quantitas delicti cognoscitur.*

A divisão tripartita não é pois uma creação franceza; mas foi o codigo francez quem a transmittiu ás legislações modernas. E qualquer que fôsse a sua procedencia, o certo é que não merece as criticas, de que tem sido alvo.

Com effeito se o crime é uma obra da lei, no sentido de não julgar-se tal, se não o facto que a mesma lei de ante-mão assim qualifica, ameaçando-o com penas, não ha melhor criterio de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição comminada. A pena é uma especie de *expoente* da criminalidade ; ella indica, por assim dizer, a *potencia*, o gráu de responsabilidade juridica, a que o legislador elevou a pratica deste ou daquelle acto ; o que fez von Ihering affirmar, e com bastante fundamento, que a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes ; quanto mais alto é o bem, maior é a punição imposta ao seu violador.

E' pois evidente que regular a escala da criminalidade pela da penalidade não é uma operação tão exquisita e desponderada, como entenderam os penalislas metaphysicos. Se a incriminação é signal da maldade do acto, a pena é signal da incriminação, e por conseguinte, de accordo com a velha regra logica— *nota notæ est nota rei ipsius,*— signal da maldade mesma.

Isto é clarissimo. Todavia o nosso legislador quiz tomar outro ponto de partida. Não o censuramos, nem o louvamos por isso. Mas julgamos injustificavel a sua incoherencia em desprezar a divisão capital do *Code* e admittir depois outra, cujos membros não representam categorias juridicas, nem mesmo formaes, do crime e da pena ; reduzem-se a meras phrases.

Realmente, basta perguntar: — que é um *crime publico*? Em face do nosso codigo, a resposta só póde ser tautologica e banal ; por quanto não ha outra se não esta : — é aquelle que se acha mencionado sob a rubrica dos *crimes publicos*, ou que está comprehendido entre os

artigos 67 e 178 do mesmo codigo. Nada mais futil, nem que mais produza a impressão da puerilidade.

Como é sabido, o conceito dos crimes *publicos* e *particulares* não surgio pela primeira vez na cabeça do nosso legislador; já era uma velha idéa, herdada do direito romano. Mas aqui ella tinha um sentido determinado e distincto, sentido que aliàs o codigo não conservou.

Se ao menos elle se tivesse firmado no proposito de assignalar as tres classes de delictos pelo lado processual, chamando *publicos* sómente aquelles que dessem lugar á uma acção publica, isto é, a um processo intentado por parte e em nome da justiça, ainda havia uma razão de desculpa. Mas este pensamento, bebido na tradição romana, quando mesmo lhe tivesse servido ao principio como norma de classificação, não foi sempre respeitado com a precisa coherencia.

A importancia pratica da divisão tripartita, — e a lei visa mais o pratico do que o theorico, desapparece quasi de todo, quando se considera que o legislador estabeleceu no Codigo do processo outra divisão dos crimes em *afiançaveis* e *inafiançaveis*, por força da qual grande numero de crimes *particulares* entram na categoria dos *publicos* no sentido de poderem e deverem ser perseguidos independentemente do offendido querelante. Deste modo a linha de separação entre os delictos da segunda e os da terceira parte do Codigo Criminal ficou extincta, reduzindo-se a classica divisão a uma simples theoria.

E talvez até menos do que isso, pois ainda concedendo que o legislador houvesse tomado como criterio distinctivo dos crimes publicos a idéa de terem estes por objecto de aggressão o interesse do Estado, ou como hoje se diria, as suas condições staticas e dynamicas, é mister reconhecer que essa mesma idéa falhou em mais de um ponto.

Com effeito, nós podemos affoutamente perguntar :— em que é que o Estado recebe offensa mais directa com o delicto de *falsidade*, ou de *perjurio*, por exemplo, do que com o de *estellionato*, ou de *roubo*? Porque razão

aquelles entre os publicos, e estes entre os particulares? Não é facil allegar um motivo satisfactorio.

Quanto aos crimes *policiaes*, que formam o terceiro grupo, ha tambem a observar que a idéa directora do legislador em fazer delles uma classe especial não foi bem accentuada. Qual seja realmente em taes delictos o objecto da offensa, não salta aos olhos de todos. Nessa parte encontram-se disposições, de caracter tão pouco policial, que facilmente descambam para o terreno dos delictos de outro genero. Como prova, basta lembrar os arts. 301 e 302 sobre o uso de nomes suppostos e titulos indevidos.

Vê-se pois que ainda ahi faltou ao legislador um rasoavel *argumentum divisionis,* em relação, não só á natureza dessa classe de acções criminosas, como tambem á respectiva penalidade. Por quanto, além de não irem ellas de encontro a esta ou aquella ordem particular de direitos, que lhes imprima um caracter proprio, as penas comminadas não são menos indistinctas e communs a outros delictos. Tão communs e indistinctas, que ainda hoje é problema irresoluto, nas altas regiões da sciencia juridica patria, mesmo depois da reforma judiciaria de 1871, determinar ao certo, pela bitola penal, quaes e quantos são os crimes policiaes. De tudo isto resulta que o nosso legislador criminal não foi muito feliz na sua innovoção.

A segunda parte do artigo, attinente á necessidade de uma lei anterior, qualificativa do crime, não é mais do que uma repetição das garantias estabelecidas nos §§ 1, 3 e 11 do artigo 179 da Constituição.

Effectivamente:—dizer, como diz o citado § 1, que o cidadão não póde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousá, senão em virtude da lei, é dizer que elle não tem responsabilidade pela suas acções e omissões, desde que estas não vão de encontro a uma disposição legal.

Encarado de um ponto de vista mais comprehensivo, o crime é uma irregularidade. Irregular é aquillo que se afasta de uma regra, de uma norma de proceder; o

irregular, portanto, subentende o regular. Mas esta regra não é a subjectiva da consciencia, porém a objectiva da sociedade, cuja mais alta expressão é a lei. E' claro pois que, quer se trate de acções, quer de omissões, a lei é o presupposto logico e chronologico do crime.

Os §§ 3 e 11 são variantes desta mesma idéa. Um preceitua que nenhuma disposição legal terá effeito retroactivo, o que vale dizer que a lei sempre se dirige para o futuro, nada tem que vêr com o passado, ou que a sua *anterioridade* presuppõe necessariamente a *posterioridade* dos factos que ella regula. O outro porém determina que ninguem póde ser sentenciado, se não por autoridade competente e em virtude de lei anterior, — o que tambem importa dizer que não ha criminoso, que não ha crime,— pois a idéa de *crime* e *criminoso* está contida na idéa de *sentenciado*, — sem esse mesmo antecedente legal. E' o que se acha repetido no art. 1 do Codigo.

Mas isto não é bastante. A materia se presta a maior desenvolvimento, exige mesmo que sujeitemol-a a uma analyse mais detalhada.

Vejamos pois. Toda a lei tem um circulo de acção; a sua efficacia é limitada; estes limites constituem a sua relatividade.

A primeira relatividade da lei, sobretudo da lei penal, é determinada pelo *tempo*, a segunda pelo *espaço*, a terceira pela *condição das pessoas*. E tres são justamente os pontos de vista, sob os quaes se póde estabelecer que acção da lei é relativa.

Em outros termos, ha tres ordens de condições, a que a lei está sujeita, e que bem poderiam chamar-se: condições *chronologicas*, *geographicas* e *sociaes* ou *politicas*. Estas ultimas, que dizem respeito a consideração de pessoas, não seria desacertado que tivessem o nome de *pessoaes*; mas havia risco de confundil-as com as condições psychologicas do crime ou presuppostos da imputabilidade, que são exclusivamente de caracter pessoal. Apreciemos primeiro o que significa a relatividade quanto ao tempo. E' uma these geralmente acceita que a efficacia da lei penal, como a de outra qualquer lei, começa no dia da sua publicação, caso não se determine, para ella vigorar,

como dá-se em elguns paizes, uma época posterior (*spatium vacationis.*)

Dahi resulta que as acções praticadas antes da lei ou da sua publicação não podem ser julgadas de conformidade com ella. Este principio é a regra, e como tal deve ser mantido. As excepções não têm força de alteral-o, nem de fazer da these contraria outro principio.

Mas a regra que é incontestavel, e sobre a qual estão de accordo legisladores e juristas, não daria, por si só, logar a questão alguma. E' do conflicto em que ella ás vezes se põe com os factos, com o sentimento da justiça, com o proprio alvo supremo do direito, que surgem as excepções; e estas então abrem caminho á controversia.

Se as leis humanas fôssem, como as naturaes,— ao menos até onde chega o nosso conhecimento da natureza, — sempre as mesmas, permanentes, irrevogaveis, a nossa questão não teria senso. Porquanto, uma vez assentado que nenhum acto se julga criminoso, senão em virtude de uma lei,— desde que esta começasse a vigorar, e na hypothese da sua irrevogabilidade, não se conceberiam casos de excepção. Qualquer excepção seria pôr fóra da acção da lei, isto é, seria um caso de *impunidade*, que aliás não se comprehende no ponto questionado.

Já se vê que a relatividade das leis penaes, quanto ao tempo, só tem interesse, sob o presupposto de duas ou mais leis que se succedem, e a cujos dominios distinctos correspondem diversos momentos, ou da pratica do crime mesmo, ou da marcha do processo e da applicação da pena.

Que as leis penaes são limitadas no tempo e como taes não regulam acções anteriores a ellas, é ponto lucido e evidente.

E' um dos corollarios, como já vimos, da these constitucional de que nenhuma lei terá effeito retroactivo.

O que ha porém de questionavel é saber, quando e como esse principio está sujeito a modificações na esphera do direito criminal Para que taes modificações se dêm, é mister suppor uma collisão de leis successivas, dispondo diversamente sobre um mesmo assumpto. Como não basta allegar que a *posterior* deroga a anterior, pois é isso

justamente o que faz o objecto da questão, importa averiguar, em que condições a regra permanece inalteravel, em que outras ella cede o logar á excepção.

O que ha primeiro a estabelecer, é, que, dada a existencia de uma lei penal, sob cujo dominio foi commettida uma acção criminosa, se antes de ser-lhe imposta a pena promettida apparece outra que impõe pena diversa, os effeitos desta ultima lei serão tambem differentes, a respeito do criminoso, conforme a quantidade e a qualidade da mesma pena.

Da hypothese de duas leis punitivas que vigoram n'uma época determinada, dentro de cujos limites dá-se o crime e o seu julgamento, gera-se a possibilidade dos quatro seguintes casos :— 1°, a nova lei punir um acto, que a velha não punia ; 2°, o inverso disto : a nova deixar impune o que a velha lei condemnava ; 3°, serem mais graves as penas da segunda do que as da primeira lei ; 4,° finalmente, o contrario : — mais graves estas do que aquellas.

No 1° e 3° caso prevalece a regra da não-retroactividade ; no 2° e 4° porém a solução é excepcional.

Que a nova lei punindo aquillo que a velha não punia, não tem força retroactiva sobre acções praticadas no imperio da ultima, é o que está exarado no principio— *nullum crimen sine lege,* que é o mesmo acceito pelo art. 1. do Codigo.

Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes commettidos no vigor da lei antiga, que aliás comminava punição menor, é ainda uma verdade contida no principio— *nulla pœna sine lege pœnali,* — igualmente admittido pelo nosso direito. (art. 33)

A exigencia de uma *lei anterior,* que qualifique o crime e estabeleça a pena, estende-se até ás modalidades de um e outro, não se limita a excluir, como diria um rhetorico antigo, o estado de *conjectura* a respeito de ambos ; quer ainda vêr excluidos os estados de *definição* e *igualdade.* Não basta que a pena e o crime tenham a *nota* legal, que como taes os dêm a conhecer ; é preciso que todas as altas e baixas de valor juridico de um e de

realidade pratica da outra estejam tambem legalmente firmadas.

Não ha pois distincção a fazer entre a hypothese de uma lei que sobrevem, na ausencia, de toda e qualquer disposição legal anterior, e a de uma lei que estabelece, em relação a outra, mais grave penalidade. Este *plus*, esta differença para *mais*, que importa uma alteração da lei antiga, está nas mesmas condições de uma lei totalmente nova, que não vem modificar, mas pela primeira vez crear o crime e a pena.

Os quatro casos figurados estão comprehendidos nos artigos 1, 33, 309 e 310 do codigo. Os dous ultimos são completamente restrictos dos dous primeiros, e deviam como taes occupar lugar immediato ao art. 33.

Entretanto, devemos observar que as disposições complementares do codigo, nos arts. 309 e 310, não encerram a consagração de um principio geral, mas apenas um meio de resolver os conflictos, que por ventura apparecessem entre o mesmo codigo e as leis criminaes do antigo regimen.

Fóra da possibilidade de taes conflictos, que aliás só podiam dar-se dentro de um prazo posterior não muito longo, as questões attinentes á força retroactiva das leis penaes, nos pontos presuppostos pelos dous citados artigos, são antes de caracter doutrinario do que de caracter legal. Dir-se-hia que o legislador julgou impossivel, depois da sua *obra prima*, qualquer outra lei, que viesse pôr-se em antagonismo com ella.

Mas isto é inacceitavel. A verdade portanto é que os principios estabelecidos nos mencionados artigos, se já passaram o tempo de terem applicação como lei, continuam não obstante a valer como theoria. O que o legislador disse das leis anteriores ao codigo, uma justa analogia faz applicavel ao mesmo codigo com relação a leis posteriores.

Alguns criminalistas dão-se ao trabalho de construir hypotheses imaginarias, figurando a possibilidade de tres e mais leis que successivamente vigoram, desde a data

do crime até á do seu julgamento. Mas isto não passa de um jogo da phantasia.

A hypothese da pratica de um crime no dominio actual do codigo, mas antes de ser o criminoso pronunciado, o apparecimento de uma nova disposição legal, impondo penas menores, e ainda antes de ser julgado, a promulgação de outra lei, menos rigorosa que a primeira, porém mais forte que a segunda; — esta hypothese e todas as mais que neste ponto se podem multiplicar á vontade, não constituem problemas serios. Ellas partem do falso presupposto de que uma lei é cousa que se engendra com a mesma facilidade e rapidez, com que se fabrica um romance naturalista.

Dado porém de barato que o caso acontecesse, a solução não seria difficil. O principio da applicação da lei mais favoravel ao accusado, com o qual estão de accordo as modernas legislações dos povos cultos e os juristas em geral, permanece no mesmo pé. O que ha de notavel é sómente que, na hypothese referida, a applicação dessa lei mais branda, revogada por outra mais aspera do que ella, posto que menos dura que a primeira, não seria uma regra, porém uma excepção, que se approxima dos dominios do soberano direito de *graça*.

E' preciso entretanto deixar bem accentuado o que se deve entender por uma lei mais propicia ao delinquente. As relações em que a nova e a velha lei podem desviar-se uma da outra, no modo de aquilatar um crime, são variadissimas. As divergencias podem dizer respeito ao facto em geral, como particularmente ás circumstancias aggravantes e attenuantes, e bem assim ao grau de penalidade, devendo se igualmente tomar em consideração a differença qualitativa da mesma pena.

Não é admissivel escolher da antiga e da nova lei as determinações que dão um resultado mais benigno para o réo. Seria fazer applicação de uma lei, que não existe. Pelo contrario, o juiz tem de apreciar o caso em sua totalidade, tanto segundo a velha, como segundo a nova disposição, e comparar um com outro os dois resultados, para applicar então o que fôr mais favoravel. Se porém depois desta comparação apparece duvida, sobre qual

seja esse resultado,—é a nova lei que deve ser applicada. (6)

Mas importa ainda observar que essa lei nova póde vir antes, ou depois da *pronuncia*. No primeiro caso, o juiz formador da culpa tem de seguil-a, sem attender a que seja mais ou menos rigorosa do que a antecedente. Só no acto do julgamento, só ao juiz a quem compete condemnar ou absolver, pertence tambem a faculdade superior de differenciar e integrar as duas leis, para obter o resultado de que acima fallamos.

Outra hypothese: — a lei nova póde surgir, quando o processo se acha em grau de appellação. Ainda ahi é ella que deve prevalecer, dadas as condições de maior favorabilidade, como tambem no caso de que o feito seja annullado e devolvido á instancia inferior para proceder de novo, a sua applicação é incontestavel.

Outrosim :—se a lei nova faz depender o processo da queixa do offendido, esta circumstancia deve ser ponderada a respeito mesmo dos crimes anteriormente commettidos. Já estando iniciado o procedimento por parte da justiça, o offendido tem de ser ouvido, e não querendo elle apresentar a queixa, o processo está acabado.

No caso, porém, de que a nova lei prescreva a iniciação do feito pela promotoria, onde a lei antiga exigia a queixa do offendido, esta ultima torna-se ainda necessaria, a respeito dos delictos anteriores, no dominio mesmo da lei recente, pois que em tal hypothese a lei antiga considerava a acção criminosa como menos importante; e não ha razão para tirar-se ao offendido o direito originado pelo proprio crime de dar a queixa ou de renunciar a ella, e fazer assim da sua vontade a norma de proceder.

Entram de igual modo no circulo do presente assumpto as questões de *prescripção* e *reincidencia*.

Com relação á primeira, deve-se ponderar que o maior ou menor prazo para a prescriptibilidade dos crimes

---

(6) Schwarze. *Holtzendorff's Handbuch* . pag. 27. De opinião contraria no sentido de applicar-se a lei mais velha, Schütze, *Lehrbuch*, pag. 51.

indica tambem a maior ou menor significação que o legislador lhes attribue. Se a antiga lei estabelece um espaço mais longo, e antes que este seja concluido, sobrevém outra com mais breve espaço, é incontroverso que o delinquente póde soccorrer-se a esta ultima para prescrever o seu delicto. A diminuição do prazo importa uma diminuição de valor juridico do facto criminoso; seria portanto uma injustiça fazer o accusado suportar todo o rigor da velha lei, depois que o proprio legislador julgou-a demasiado rigorosa, e como tal substituiu-a por outra.

Quanto á reincidencia, o facto da nova lei descaracterisar uma especie de crimes, tirando-lhe a *identidade de natureza* em relação a outros, não altera cousa alguma na punição anterior. Ella existe como facto consummado. Se posteriormente o crime que a determinou, toma outra feição, outro valor, outro nome legal, nem por isso aquelle que o pratica, deixa de revelar a mesma dóse de perversidade ou de espirito reacciocinario contra as leis penaes, que revelaria na hypothese do crime ainda continuar a pertencer á classe do delicto ou delictos já uma vez punidos. O presupposto ethico-juridico da aggravação da pena pela reincidencia permanece inalterado. (7)

Relativamente ao chamado *delictum continuatum*, ha logar para fazer a seguinte dintincção. Se a acção continuada não era tida em conta de criminosa segundo o velho direito, só podem ser juridicamente ponderados os actos commettidos no dominio da nova lei, pois que o crime, como tal, só depois della começou a existir. Se porém a lei antiga impõe sómente uma pena mais branda, então o caso é diverso. Aqui todos os actos devem ser subsumidos no conceito de um crime unico, mas a pena tem de ser regulada segundo a nova lei, ainda que seja mais rigorosa; por quanto é só no dominio della que o mesmo crime, considerado como unidade, chega a attingir o seu momento final. (8)

---

(7) O que se deve entender por *delicto da mesma natureza*, segundo o § 3 do art. 16,— se *idem genus* ou *eadem species delicti*, e o mais que importa elucidar a tal respeito, veremos no commentario á esse paragrapho.

(8) Sobre *delicto continuado*, vide commentario ao art. 61.

A interpretação *authentica* não fórma tambem uma excepção ao principio da não-retroactividade. A interpretação limita-se a firmar o sentido da lei já existente, sem querer determinar cousa alguma de novo.

Igualmente o *caso julgado* fica fóra da acção benefica da nova lei. Se esta impõe pena menor, o delinquente condemnado conforme a lei velha, para o qual não existe mais recurso, só por acto do poder moderador chegará a utilisar-se desse beneficio.

Os principios, até aqui expostos, sobre as leis penaes, encaradas pelo lado material, não se fazem extensivos ao processo. Admitte-se geralmente a applicação de uma nova lei a todas as indagações abertas depois do seu apparecimento, bem como ás que, por esse tempo, já se acham iniciadas.

As mudanças processuaes têm por alvo um julgamento mais rapido, mais fundamentado ou mais justo, pela simplificação ou multiplicação das fórmas, pelos limites traçados á liberdade judicial, principalmente no que diz respeito á admissão e apreciação das provas; nunca porém attrahir para o delinquente um soffrimento maior do que elle mereceu.

Sem duvida podem essas mudanças conduzir ao ponto de tornar possivel uma decisão, que não era de esperar, segundo a velha lei. Mas a responsabilidade, em si mesma, não passa por alteração alguma; só se alteram os meios, com que se chega a um julgamento sobre ella.

A simples possibilidade ou esperança de ser absolvido ou condemnado mais suavemente, com outras fórmas processuaes, não constitue direito para o accusado. Quaesquer mudanças na competencia, na organisação do tribunal julgador, etc., não têm influencia real sobre a decisão da causa. (9)

E' mister todavia não esquecer que, em relação ao nosso direito, este ultimo ponto não é de todo incontroverso. Com effeito, se a nova lei estabelece, por exemplo,

---

(9) Schwarze—*Holtzendorff's*, etc., etc.—pag.—20.

que sejam processados pelos juizes municipaes e julgados pelos juizes de direito, crimes que eram da competencia do jury, por que motivo os delinquentes anteriores, ainda não submettidos a julgamento, devem perder a prerogativa de ser condemnados ou absolvidos por seus pares?

Bem sabemos que o processo em geral é um conjuncto de meios, um apparelho de fórmulas, para chegar-se á descoberta da verdade, e contra esta, salvo casos rarissimos, não ha direito de quem quer que seja. Mas é igualmente sabido que a substituição de um juiz por outro não produz o maravilhoso effeito de esclarecer aqui o que alli se achava obscuro.

De ordinario essa mudança tem por fim arredar qualquer embaraço, até então opposto á regularidade formal do julgamento, e algumas vezes tambem, como na hypothese dos crimes indicados pelo Decr. n. 1090 de 1. de Setembro de 1860, subtrahir o réo á parcialidade presumida dos juizes de facto; uma graça, por conseguinte, do legislador para com elle.

Mas se esta graça constitue no caso uma excepção isolada, e se a regra é que o *veredictum* dos jurados offerece ao delinquente maiores garantias de justiça e equidade, não deixa de ser uma inconsequencia sujeital-o a juizes singulares, que estavam de todo fóra das suas previsões, que só lhe são dados, accidental e inesperadamente, depois da pratica do crime.

Além de limitadas no tempo, as leis penaes tambem têm a sua limitação no espaço, tambem são geographicamente relativas. O codigo dá este ponto como evidente, deixando de traçar o circulo da sua efficacia, dentro e fóra dos dominios do Estado.

Deste modo as questões attinentes á relatividade geographica das nossas leis penaes, são de caracter especulativo. Só a doutrina e o exemplo de outros codigos é que nos impoem a obrigação de discutil-as.

Para o direito criminal ha tres relações principaes do crime: — o *logar do commettimento* (interior ou exterior); o *sujeito agente* (nacional ou estrangeiro), e o *objecto offendido* (tambem nacional ou estrangeiro). Na

figuração dos casos possiveis, pode-se partir de qualquer destas relações. Tomemos o sujeito agente como ponto de partida :

I

O nacional póde delinquir:

A. no paiz contra objecto do paiz
B. » » » » estrangeiro
C. » estr. » » do paiz
D. » » » » estrangeiro

II

O estrangeiro póde delinquir:

A. no paiz contra objecto do paiz
B. » » » » estrangeiro
C. » estr. » » do paiz
D. » » » » estrangeiro.

Ainda mais. Qualquer das tres relações mencionadas é um principio regulador na applicação da lei penal, conforme se lhe confere uma certa preponderancia, e subordinam-se-lhe as duas outras. Dahi tambem a existencia de tres principios diversos :

1.° O *principio territorial ou da territorialidade.* O logar da perpetração do delicto determina o dominio da autoridade puniente. As acções criminosas praticadas no interior são violações da lei penal patria, quer o agente seja nacional, quer não; quer seja de dentro, quer de fóra do paiz, o objecto offendido.

Dest'arte a punição só é cabivel nos casos I A B e II A B. Em favor de tal doutrina fallam o reconhecimento da territorialidade em outros dominios do direito material, principalmente do direito privado, e a visivel coincidencia dos limites de uma ordem politica com os de uma ordem juridico-penal.

Mas tambem a rigorosa execução deste principio daria resultados inacceitaveis. Assim o Estado deveria ficar isolado diante de outros Estados; deveria ter logar

a extradição, tanto de nacionaes, como de estrangeiros, que tivessem violado leis estrangeiras, assim como não haveria para estes ultimos nenhum direito de asylo ; e pela simples residencia fóra do seu paiz, o nacional ficaria tambem desobrigado de respeitar as suas leis criminaes.

2. O *principio da personalidade activa* (*nacionalidade*). O caracter do sujeito agente, como subdito, determina o dominio do poder punitivo. As acções criminosas, perpetradas pelo nacional, onde quer que se perpetrem, e qualquer que seja o seu objecto, estão sujeitas ás leis penaes do paiz. Sómente ellas.

E' a realisação dos casos I A B C D. O laço permanente, que liga Estado e subdito, parece fallar em prol deste principio, como ainda a circumstancia de que, de accordo com elle, tambem os crimes commettidos por nacionaes, fóra dos limites de qualquer Estado, não ficarião impunes.

Mas esse principio tem, além de outros, o inconveniente de estabelecer a garantia da *exterritorialidade* para todo e qualquer estrangeiro, que demora neste ou naquelle paiz. O Estado, em cujos dominios elle se acha, não póde defender a sua soberania territorial das aggressões de um estranho, cuja punição lhe não compete. Se como privilegio de direito internacional, concedido a poucos, já isto se resente de algumas desvantagens, — o que não seria de mau e desordenado, se por ventura a excepção se transformasse em regra, e o estrangeiro em geral só tivesse de obedecer ás leis do seu Estado ?

3. O *principio da personalidade passiva* (*nacionalidade*). Segundo elle, qualquer delicto commettido, seja por quem fôr, e onde quer que seja , cahe sob a alçada do direito penal da nação, a que pertence o objecto offendido (o Estado ou um dos seus subditos). São os casos I A C e II A C. O principio é tão parcial, que não necessita de uma refutação. Mas a legislação do futuro ainda póde utilisar-se delle, estabelecendo que para o nacional, que demora no estrangeiro, deve existir, ao lado da sujeição, tambem a protecção penal do seu paiz.

A historia do direito, no tocante a esta doutrina, offerece sómente mesquinhos dados. A lucta de principios sobre a relação do direito publico interno com o externo, e por conseguinte sobre os limites geographicos do poder punitivo, parece ser permanente.

No terreno do direito criminal positivo a questão tem seguido todas as correntes e mutações do tempo. Assim o direito romano vacilou entre *universalidade, personalidade* e *territorialidade*. O velho direito germanico repousou originariamente sobre a exclusiva base territorial, para mais tarde accommodar-se ao principio *pessoal*, e ainda depois voltar ao primeiro.

Posto que influenciado, já pelo ponto de vista universal do direito canonico, já pela formação crescente das relações internacionaes, o principio territorial ficou todavia considerado como regra de direito commum entre as nações modernas, sendo sempre excepcional a applicação dos dois outros.

Ha por ahi entre os criminalistas mais de um espirito phantasta, que se delicia em architectar nos ares uma serie de hypotheses de nenhum valor já não diremos pratico, mas nem mesmo theoretico, em relação ao principio da *personalidade*. Nada temos que vêr com esses sonhos.

Como e quando, por exemplo, incumbe ao Brasil punir o crime do brasileiro perpetrado no estrangeiro, é questão que está fóra do circulo do codigo, e para a qual o nosso direito penal não fornece meios de solução.

Se o crime foi dirigido contra o Brasil, isto é, contra a sua ordem de direito, contra a sua existencia e segurança politica e economica, a acção punitiva do Estado póde fazer-se valer além do seu territorio, mas sómente em virtude de tratados, que autorizem a *extradição*. Caso porém o delicto tenha tido por objecto de aggressão um brasileiro, não ha mister de gastar muito papel e muita tinta, como fazem alguns criminalistas italianos e allemães, para resolver uma futilidade.

Na presente hypothese, deve-se partir da consideração de que no Estado estrangeiro, onde o crime foi perpetrado, tambem predomina o principio territorial; o brasileiro criminoso deve alli por tanto receber a sua

punição. Se esta porém não se realisa, não é motivo para o Brasil tentar corrigir o desleixo do outro Estado. Um exemplo de impunidade no estrangeiro não nos dá nem se quer o direito de censura, attento que taes exemplos são muitos communs entre nós mesmos.

Mas póde succeder que o nacional delinquente, para evitar a punição do lugar, em que delinquio, venha refugiar-se no Brasil. Ainda nesta hypothese a lei penal do paiz não póde ser applicada. Quando muito, e por excepção ao principio, segundo o qual os Estados não concedem a extradição dos seus proprios subditos, essa extradição poderia ser offerecida ao Estado, cuja territorialidade foi violada na pessoa do brasileiro ; mas no caso de recusa, não haveria de certo meio legal de tornar a pena effectiva.

Para fazer comprehender esta asserção, basta lembrar que não ha julgamento sem a base de um processo ; e como seria possivel instaural-o ?

Quanto á hypothese de ser o offendido um subdito do Estado, em que o delicto se deu, ainda tornam-se mais salientes os motivos de negar ao Brasil o poder soberano de tomar conhecimento e punir esse delicto. O brasileiro no estrangeiro, da mesma fórma que este no Brasil, é um *subditus temporarius,* tão sujeito ás leis do lugar onde se acha, como qualquer nacional. A apreciação juridica do crime não se regula por uma especie de *estatuto pessoal* do criminoso. Para impedir a acção penal de qualquer paiz estranho, não ha hoje quem possa pronunciar um *civis romanus sum*—, peremptorio e decisivo.

No que diz respeito a diversas outras figurações gratuitas de duvidas e embaraços na applicação do principio *pessoal* ou *nacional,* activo e passivo, podemos affirmar que ellas são mais entretenedoras do que instructivas. O direito criminal dos tempos actuaes não tem a elasticidade necessaria para abranger todas as construcções hypotheticas dos criminalistas sonhadores.

Dest'arte, quando questionam, por exemplo, se o estrangeiro criminoso, que antes de ser punido, e sem que mesmo se tenha descoberto a sua criminalidade em seu paiz, se naturalisa, cidadão de outro, póde ser chamado

a contas por este ultimo, pelo crime praticado fóra dos seus dominios,— que valor tem semelhante questão? Sériamente: nenhum. E' o mesmo problema do nacional, que delinque no estrangeiro, só com a differença de ser aqui de menor complicação e de muito mais facil solução negativa.

Como se deprehende do que ahi fica exposto, somos um sectario decidido do principio *territorial*. Estamos de accordo com Schwarze em que os Estados civilisados são membros de um grande systema politico, e como taes têm a missão de guardar e proteger a paz geral de direito, que envolve a todos elles. Mas daqui não se deduz o que pretende o notavel criminalista allemão.(10)

Com effeito: — nem o instituto juridico da *extradição*, nem a celebração de tratados entre as nações provam o reconhecimento de uma transportabilidade do direito penal de um Estado para outro. Esses factos, pelo contrario, só dão testemunho do mutuo respeito que as nações se devem em relação á sua soberania. A identidade da missão cultural dos diversos Estados não autorisa a reciproca invasão dos seus dominios. Se essa missão já é penosissima para cada um delles, dentro do seu territorio, quão difficil não tornar-se-hia, ultrapassando esses limites?

A lei natural da divisão do trabalho tambem regula a existencia e desenvolvimento dos Estados. O principio da *territorialidade* é o que mais se conforma com essa lei. Um direito penal *universal*, que é presupposto de todas as conjecturas e phantasias dos criminalistas propugnadores de um alargamento do principio da *personalidade*, é uma cousa impossivel no estado actual do mundo culto. Além do caracter de uma *communis opinio* dos juristas e philosophos sobre o crime e suas causas, sobre a pena e seus effeitos, tal direito não tem outro valor, nem se concebe mesmo què possa jámais existir de um modo efficaz.

---

(10) *Holtzendorff's Handbuch, II, pag. 45.*

Ainda ha criminalistas que levam esta mania do universalismo juridico-penal ao ponto de perguntar com todo o serio, se a um paiz qualquer cabe o direito de punir crimes do estrangeiro, praticados em territorio estrangeiro; e não lhes tem faltado a coragem para darem resposta affirmativa.

Mas isto é tão desponderado, que não merece as honras de uma refutação em regra. E' verdade que até legislações positivas, como o codigo da Saxonia, não hesitaram em conferir um valor pratico a esse dislate juridico (11). Porém nada importa. Os legisladores não estão isemptos de cometter os mesmos desatinos que os juristas.

Entre estes Carrara está tão convencido da seriedade da questão, que não duvidou crear, segundo o seu modo habitual de multiplicar palavras, sem multiplicar idéas, o neologismo juridico: *extraterritorialidade do direito penal.* Expressão esta, que Tolomei, por sua vez, ainda achou impropria para significar a applicabilidade das leis criminaes a quem quer que as viole fóra do territorio da soberania que as decretou, e substituiu-a pela de *ultraterritorialidade.* (12)

Mas nem um, nem outro termo é acceitavel. O serviço que os seus autores julgaram prestar á sciencia com a creação de taes palavras, nos parece absolutamente nullo. Para exprimir a idéa de que as leis penaes de um paiz obrigam o nacional, ainda em paiz estrangeiro, o principio da *personalidade,* é muito sufficiente. Se porém ambas essas expressões só têm por fim designar a *universalidade* do direito penal, no sentido de ser licito ao Brasil, por exemplo, punir um homicidio praticado no Japão, isso então é uma tolice, que não vale a pena combater.

Infelizmente não é a unica, de que são culpados os criminalistas, principalmente os dois italianos citados. O illustre autor do *Programma del corso di diritto criminale,* sobretudo, é fertilissimo de novidades, que a final, depois de algum exame, não passam de outras tantas frioleiras.

---

(11) Berner—*Wirkungskreis des Strafrechts*—pag. 140.
(12) *Diritto e procedura penale*—I n. 758 e 759.

E' preciso que nos entendamos. O professor Carrara não é digno dos preitos que entre nós se lhe rendem. Póde-se dizer do celebre criminalista o que disse Daniel Spitzer do professor Lorenz Stein, isto é, que a força dos seus livros, semelhante á de Sansão, consiste sómente no facto de ninguem ainda haver-se delles approximado com uma tesoura, ainda que muitos já tenham dormido sobre elles, como Sansão nos braços de Dalila. Não deixa, pois, de ser um grande beneficio feito á sciencia reduzir ás suas justas proporções esse sabio autor, cujo maior merecimento é o de tornar enigmaticas, obscuras, incomprehensiveis, as mais simples, as mais velhas verdades do direito criminal.

Voltando ao assumpto: releva advertir que a hypothese que combatemos, não é a mesma do estrangeiro que no seu paiz, ou em outro, attenta contra a ordem deste ou daquelle Estado.

Ahi é admissivel a punição provocada pelo Estado offendido ; mas já não se trata de um direito que elle possa exercer immediatamente, em virtude da sua soberonia ; é uma questão que só se resolve pelos meios communs de concordia e reciprocidade internacional.

O codigo brazileiro não tem uma disposição igual, por exemplo, á do § 4° do *Strafgesetzbuch* do imperio allemão, pela qual póde ser perseguido, segundo as leis penaes do paiz, o estrangeiro que em territorio estrangeiro commetteu delicto de alta traição contra o imperio, ou crime de moeda falsa ; e quando tivesse, a solução seria a mesma.

A propria disposição do codigo tedesco, para ser cumprida, presuppõe necessariamente a mediação juridica de outro Estado, em cujo solo e sobre cujos subditos o grande imperio, com toda a sua força, não poderia por si só fazer valer a sua autoridade penal.

Ainda que o nosso codigo não o tenha claramente estabelecido, todavia é o principio *territorial* que prevalece e deve prevalecer como regra. O poder punitivo do Brasil abrange todas as acções criminosas perpetradas dentro da sua circumscripção geographica, sem embargo

de que o delinquente seja um estrangeiro (*subditus temporarius*).

Exceptuam-se porém : — 1°, conforme o principio de direito constitucional, geralmente reconhecido, de que o portador da soberania, por ser inviolavel, não está sujeito ás leis penaes, o principe reinante ; e por analogia o *regente* ; 2°, de accordo com a jurisprudencia internacional, aquelles a quem compete o direito de *exterritorialidade* : os soberanos estrangeiros, os ministros *caracterisados* juntamente com as suas familias e o pessoal das legações, as tropas e os vasos de guerra estrangeiros.

O dominio juridico-penal do Estado ainda se estende em virtude de principios consagrados pelo direito das gentes, aos navios que viajam no mar livre, cobertos pela bandeira brasileira, os quaes se consideram uma continuação do territorio. Todos os que nelles se acham quer nacionaes, quer estrangeiros, tambem estão sujeitos ás leis criminaes do imperio.

O mesmo succede com os navios de guerra brasileiros, não sómente no mar livre, mas ainda nas proprias aguas de um paiz estranho. E assim como tropas estrangeiras no Brasil ficam fóra da acção das nossas leis penaes, assim tambem as tropas brasileiras em territorio estrangeiro permanecem dentro do circulo das leis penaes do Brasil.

A questão geral da *territorialidade* tem duas faces. A primeira consiste em saber até onde vae o dominio da autoridade penal do Estado ; a segunda porém em saber que leis são applicaveis dentro desse dominio : se sómente as do paiz, ou tambem leis estrangeiras.

O primeiro ponto é o que tem sido até aqui mais ou menos elucidado. Quanto ao segundo, não o achamos de grande importancia. Pelo menos é certo que o codigo não deixa vêr, nem se quer entre as linhas, a idéa de tal questão. No Brasil só se applica a lei brasileira ; o legislador não cogitou de outra.

E' possivel que appareçam casos, nos quaes a applicação da lei estrangeira se apresente como mais juridica ou mais humana, se ella por ventura é menos rigorosa que a lei patria. Mas esses casos excepcionaes devem ser

legalmente estabelecidos; e ha exemplos de legislações modernas a tal respeito. (13) Os tratados mesmos não têm força para conferir ao Estado, sem quebra da dignidade nacional, a obrigação de applicar aos crimes outras leis que não as suas proprias.

Art. 2.º Julgar-se-ha crime ou delicto:

§ 1.º — Toda a acção ou omissão voluntaria, contraria ás leis penaes.

§ 2.º — A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente.

Não será punida a tentativa de crime, ao qual não esteja imposta maior pena que a de dous mezes de prisão simples, ou desterro para fóra da comarca.

§ 3.º — O abuso do poder, que consiste no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.

§ 4.º — A ameaça de fazer algum mal a alguem.

Perante a lei não ha outra definição do crime, senão aquella que a mesma lei estabelece. Considerado como facto humano, como phenomeno da vida social, o crime póde ser medido pela bitola ethica ou religiosa, malsinado como uma infamia ou assignalado como um heroismo; mas ainda não é crime, não recebe esse caracter, em quanto lhe falta a base legal. E' o que exprime a conhecida paremia: — *nullum crimen sine lege.*

Em outros termos: o que dá a este ou áquelle facto o valor juridico de um acto criminoso, é a autoridade legislativa. O momento da *legalidade* é pois essencial ao conceito do delicto. Foi o que fez Carrara dizer que o crime é uma *entidade juridica*; —expressão que tem quasi tanta graça, para não dizer tanto senso, como, por exemplo, se alguem dissesse que o beri-beri, a tisica, a meningite, a hepatite e todas as mais doenças conhecidas e classificadas pela medicina, são *entidades medicas.* Mas posta de lado a casca metaphysica, o miôlo é aproveitavel, o fundo da these é verdadeiro.

Assim costuma-se definir o crime como uma acção offensiva do direito, ameaçada com pena publica, ou,

---

(13) *Strafgesetzbuch des deutschen Reichs*—§ 4 n.— 3.

segundo o nosso codigo, que aliás estabelece quatro formas da criminalidade, « toda acção ou omissão voluntaria contraria as leis penaes. » A definição é exacta, a unica exacta na esphera da lei. O juiz, o advogado, o jurista pratico em geral, não sabem, não carecem de outra. Ella fornece o criterio exterior, — e tanto lhes basta, — por meio do qual o delicto se dá a conhecer; nenhum outro póde substituil-o, seja qual fôr o facto questionado.

Mas é preciso notar: — essa definição é de natureza *formal*; ella nos põe em estado de podermos classificar as acções humanas, segundo a medida de um direito positivo determinado, como criminosas ou não, porém nada nos diz sobre o que seja crime em geral, nem por que razão a lei o ameaça com penas. Dá-nos o caracteristico, mas não a essencia do crime.

A indagação deste elemento essencial não incumbe propriamente ao criminalista; porém não é superflua, nem deixa de contribuir para uma elevação de vistas na esphera do direito.

O alvo da lei penal não é diverso do de outra qualquer lei: — assegurar as condições vitaes da sociedade. Sómente o modo, como ella prosegue e realisa este alvo, tem um caracter especial: — para isso ella serve-se da *pena*. Porque razão?

Será porque qualquer desrespeito da lei encerra uma rebeldia contra a autoridade publica, e merece por tanto ser punida? Se fôsse assim, deveria tambem receber uma pena toda e qualquer offensa do direito, por exemplo a recusa do vendedor a cumprir o contracto, ou a do devedor a pagar o dinheiro emprestado, e muitos outros factos de igual genero. Seria pois consequente que só houvesse uma pena: — a infligida pelo desprezo das prescripções legaes, como sómente um crime, o da resistencia do subdito ao *imperium* preceptivo ou prohibitivo do poder do Estado.

Isto porém não se admitte. Qual é então o motivo, porque a lei, ao passo que pune certas acções, que estão em antagonismo com ella, deixa outras sem punição? Tanto nestas, como naquellas, trata-se de um menospreço do direito, e pois que este è o conjuncto de condições

vitaes da sociedade, trata-se de uma violação dessas mesmas condições. Se os contractos de compra e venda não fôrem satisfeitos, se os debitos não fôrem pagos, a sociedade fica por isso tão ameaçada em sua existencia, como por effeito de mortes ou de roubos. Porque razão a pena aqui, e não alli?

Uma resposta satisfactoria está um pouco além do horizonte juridico. A applicação legislativa da penalidade é uma pura questão de politica social. Ella resume-se na seguinte maxima :— impôr pena em todos os casos, em que a sociedade não póde passar sem ella. Como isto porém é assumpto da experiencia individual, das circumstancias da vida e do estado moral dos diversos povos e épocas, a extensão da penalidade em face do direito civil, ou o que é o mesmo, a extensão do crime é historicamente mutavel.

Houve um tempo em Roma, no qual certas relações contractuaes, como a *fiducia*, o *mandato*, dispensavam completamente a protecção do direito e só contavam com a garantia dos costumes (*infamia*); veio depois a protecção juridico-civil (*actio*), e finalmente a criminal (*crimen stellionatus*). (14)

Entretanto, por mais mutavel que seja a extensão do delicto, o seu conceito é sempre identico. Por toda parte elle representa-nos de um lado, isto é, do lado do delinquente, uma aggressão contra as condições vitaes da sociedade, e, do lado desta, a convicção, expressa em fórma de direito, de que ella não póde defender-se do mesmo delinquente, senão por meio da pena.

Este é o conceito *material* ou o aspecto philosophico, em harmonia com o conceito *formal* ou aspecto legal do crime, acima estabelecido.

Não se entenda porém que a philosophia criminal se exhaure com tão poucos dados. Conforme o espirito que a anima, a philosophia póde formar do crime uma ideia bem diversa daquella que serve de base aos codigos penaes.

---

(14) Ihering— *Der Zwech im Recht.* I, pag. 485.

Em rigor, o codigo não dá uma definição completa do delicto; limita-se a representa-lo debaixo de quatro figuras, cuja somma abrange o conceito legal da criminalidade.

Como operação logica, o art. 2 é defeituoso; pois que trata-se ahi de uma divisão, cujos membros não são reciprocamente exclusivos; pelo contrario, a mais ligeira leitura desse artigo deixa bem patente que a primeira figura, por si só, tem amplitude bastante para conter todas as outras.

Mas importa não esquecer que um codigo não é um tratado de sciencias naturaes. Não se póde exigir para uma divisão e classificação das acções criminosas o mesmo rigor que se exige para uma divisão e classificação dos phenomenos de qualquer dos reinos da natureza.

O legislador, antes de tudo, quer ser obedecido; para isso tem necessidade de fazer-se bem entender em seus preceitos e em suas prohibições. A clareza é pois um dos seus primeiros requisitos; e de tal arte, que, por amor della, não é muito que se torne ás vezes até redundante.

A disposição do art. 2 é um desses casos de redundancia legal, que perante a logica e a estylistica não tem justificação alguma, porém é justificado pela necessidade pratica do exacto conhecimento e applicação da lei.

Se o codigo, neste ponto, merece alguma critica, não é, a nosso vêr, pelo que encerra de superfluo, mas pelo que encerra de lacunozo e incompleto. O legislador tinha o direito de dividir e classificar as infracções puniveis, como bem lhe parecesse; mas uma vez empregando esse processo de extrema differenciação da ideia geral do crime, tinha tambem a obrigação de completar o quadro.

Com effeito; por que razão fazer da *ameaça* uma fórma generica do delicto, e não fazel-o igualmente da *injuria*? O que é verdade sobre uma, tambem vigora a respeito da outra.

Do mesmo modo que a ameaça, a injuria é uma actividade physiopsychologica, uma externação do pensamento offensiva do direito alheio. Se a primeira não se deixava facilmente incluir na classe das acções propriamente

ditas, outro tanto succedia com a segunda; a coherencia reclamava por conseguinte que se lhe abrisse tambem uma categoria especial.

Não se tome porém como theoria o que não passa de simples critica. Estamos longe de opinar que a divisão quaternaria do conceito do crime seja bem, feita, e como tal, no caso mesmo de uma reforma do codigo, deva ser mantida. Apenas achamos que o legislador não é tão censuravel, quando pudéra sel-o, se por ventura não se tratasse de uma lei, mas de um livro de doutrina.

Encaremos agora mais de perto o conteudo do artigo apreciando cada uma das quatro formas do delicto nelle prefiguradas.

——

1 O art. 1 deixou assentado que não ha crime, sem uma lei anterior que o qualifique. Mas em que consiste essa qualificação? Como é que a lei confere a um facto da ordem social o caracter de criminoso?

De dois modos, unicamente de dois:— ou prohibindo que se faça aquillo que vae de encontro ás condições existenciaes e evolucionaes da sociedade, ou mandando que se pratique aquillo que está de accordo com essas mesmas condições, comminando em ambos as casos a imposição de uma pena, pela violação do seu *veto*, – ou pelo descumprimento do seu — *impero*.

Daqui já se deprehende que o conceito do crime é inseparavel do conceito da pena. Um crime sem pena e uma pena sem crime, theoricamente, são duas phrases vans, e praticamente, duas iniquidades.

Mas o principio selector da penalidade não se applica, não pode ser applicado a factos sociaes de qualquer ordem. Só a livre actividade humana é susceptivel da disciplina e selecção penal. Sómente as acções ou omissões voluntarias do homem, reagindo contra essa disciplina, dão logar á existencia do crime.

A selecção penal é determinada por meio da lei. As leis em geral não são mais do que regras sobre o curso de certos acontecimentos. Quando o codigo preceitúa, por exemplo, que o assassino seja punido com a morte, nesta

proposição está sómente expressa a formula, segundo a qual os acontecimentos se dão, se o assassino cahe nas mãos do poder publico. (15)

O art. 2 é pois uma formula das formulas, ou a somma de todas as outras, que exprimem o que deve succeder a quem viola taes e taes regras juridicas da vida social brasileira.

« Toda a acção ou omissão voluntaria, contraria ás leis penaes » — diz o artigo. Mas esta acção ou omissão presuppõe um objecto, contra quem se dirige o seu effeito. Segundo a natureza desse objecto, immediatamente offendido (*objecto pratico*), no qual a acção se effectua, e que goza da protecção penal do Estado, é que o codigo especialisa e systematisa os delictos; operação esta, que bem merece o nome de *morphologia criminal*, ou estudo das diversas formas, que póde tomar, em relação ao seu objecto, a vontade criminosa. (16)

Não se trata do objecto mediato do crime (*objecto juristico*), pois este é sempre e por toda parte o mesmo, isto é, a ordem de direito que deve ser mantida e respeitada. O que aqui nos interessa, é o primeiro mencionado.

A consideração desse objecto pratico dá lugar, como acabamos de vêr, ás differentes categorias de acções criminosas, conforme ellas se dirigem immediatamente contra o Estado, ou immediatamente contra os cidadãos, no que diz respeito á vida, á integridade corporea, á liberdade, á honra e á propriedade.

---

(15) Stricker— *Phisiologie des Rects*— pag—. 87.

(16) A expressão *morphologia criminal* é perfeitamente adequada, até porque, na esphera do crime, se observa o mesmo processo de *differenciação*, que se faz notar em outras ordens de phenomenos. Que o crime, philosophica e juridicamente apreciado, tambem está sujeito á lei do *polymorphismo*.— para proval-o, basta lembrar que o numero das acções criminosas, reconhecidas e punidas pelos romanos, era insignificante, em comparação das que hoje reconhecem e punem as nações civilisadas. Actualmente o criterio de uma bôa legislação penal consiste tambem no modo, por que ella dá conta de todas as nuanças e variações da criminalidade. Se é um perigo levar a incriminação além do necessario, não é menos perigoso deixal-a aquem das necessidades sociaes. Por este lado, é innegavel. o nosso codigo se resente de muitos defeitos.

Assim tambem a consideração do sujeito do crime dá lugar a velha dicotomia dos *delicta communia* e *delicta propria*, que não está no caso de outras antigas divisões imprestaveis; ainda póde ser admittida, porque corresponde a uma realidade.

Com effeito: — entende-se por *delictum commune* aquelle que póde ser commettido por qualquer individuo simplesmente como tal. Neste caso estão o homicidio, o estupro, o furto, a injuria, etc. Dá-se porém o nome de *delictum proprium* ao que sómente póde ser prepetrado por certas e determinadas pessoas, investidas de um caracter especial, como, por exemplo, a concussão, a prevaricação, o peculato, etc.

A nossa legislação penal adoptou o conceito do *crime commum*. Quanto ao *proprio*, ella tambem o conhece, mas sob o estranho titulo de *crime de responsabilidade*, phrase pleonastica e insignificante, que póde com vantagem sei substituida pela de *crime funccional* ou *de funcção*.

O *delictum proprium* é ainda susceptivel de uma divisão. A doutrina costuma differençal-o em duas fórmas precipuas: a dos delictos *funccionaes* propriamente ditos, e a dos que não se apresentam com a mesma propriedade. Os primeiros são aquelles que não envolvem um delicto commum, nos quaes pelo contrario o predicado funccional do autor não constitue sómente uma razão qualificativa, mas fórma por si só o momento essencial da criminalidade.

Os segundos porém são aquelles que, ainda sendo praticados por funccionarios, encerram todavia um crime commum, no qual o caracter publico do agente só de um ou de outro modo póde ter maior influencia.

Specimens dos primeiros: — a prevaricação (art. 129 §§1 a 7), a peita passiva (art. 130), a irregularidade de conducta (art. 166), a recusa de *habeas corpus* (art. 183), e outros.

Specimens dos segundos: — ainda a prevaricação (art. 129 § 8), o peculato (arts. 170 e 172), a prisão em carcere privado (art. 189), etc., etc.

Esta divisão não tem sómente uma importancia theoretica; ella tambem se distingue pela applicação pratica.

Dest'arte, nos crimes funccionaes propriamente ditos, só é admissivel o correlato do *socius specialis*, nunca porém o do *socius generalis*.

Não se dá entretanto a mesma cousa com a outra classe. A parte commum desses delictos póde ser distribuida entre muitos co-delinquentes, sem attender-se a que sejam tambem, ou deixem de ser, empregados publicos.

Esta segunda classe ainda é por alguns penalistas subdividida em dois grupos: — o daquelles crimes, para os quaes a actividade funccional fornece uma occasião particular, ou o poder autoritario um meio particularmente efficaz; e o daquelles outros, em que um empregado, abusando do seu poder ou da sua posição, commette um delicto commum. (17)

A linha de separação não é muito perceptivel; mas é certo que ella existe. Para proval-o, basta lembrar, como exemplo dos primeiros, o crime de peculato, no qual o papel de funccionario offerece a opportunidade e o meio particular de commettêl-o; e como exemplo dos segundos, a acção prevista pelo art. 145 do codigo, que é um crime commum, de fórma variavel, conforme o grau da violencia, mas perpetrado com abuso de autoridade.

Semelhante subdivisão não deixa de ter tambem um certo valor pratico. Nos crimes do primeiro grupo, não ha *concursus delictorum*, nem mesmo ideial. Assim, no exemplo do peculato, o peculatorio é um ladrão; mas o que vai além desse furto, o facto especial, que o caracterisa, a qualidade de funccionario, que tem sob sua guarda dinheiros publicos, não constitue um crime á parte.

O mesmo porém não se póde dizer dos delictos do segundo grupo, nos quaes se dá quasi sempre uma concurrencia real. Dest'arte, no caso do art. 145, o abuso de poder consistente em commetter violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercêl-as, é visivel e facilmente separavel dos effeitos dessa violencia, que formam por si sós um crime commum, addicionado ao crime funccional.

---

(17) Schutze—*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pags. 532 e 534.

Outra differença entre os dois membros desta subdivisão. Os crimes da primeira especie collocam a administração na dependencia da justiça, no sentido de que o principio do— *quandiu se bene gesserint*— ou da demissibilidade *ad nutum* dos funccionarios administrativos fica neutralisado pela intervenção do poder judiciario, em cuja esphera entra o delinquente desde a data do delicto, e á cujo conhecimento unico e exclusivo pertence o facto criminoso, tanto mais, se a pena comminada importa a inhabilidade perpétua ou temporaria para o exercicio de cargos publicos.

Mas não succede assim com os delictos da segunda especie. Aqui o poder administrativo é completamente livre em seu circulo de acção. A demisssão, que elle possa dar ao funccionario accusado, não é um *præjudicium* da sentença judicial. Dos dois crimes que existem na hypothese, a apreciação de um compete ao direito disciplinar, que a administração exerce em commum com a judicatura, e a do outro ao direito penal propriamente dito, que só a esta ultima pertence.

Como diz Gneist, ha nos Estados modernos uma tendencia pronunciada para deixar de submetter á prova de um lento processo judicial aquillo que mais facil e expeditamente póde ser resolvido pelo meio administrativo.

E' o caso dos crimes em questão. Se a parte funccional, que elles envolvem, acarreta sómente a pena de suspensão ou de simples perda do emprego, é uma especie de circumloquio juridico, inopportuno e fastidioso, applicar todas as regras processuaes de *inquisição* e *accusação*, para obter um pequeno resultado, que aliás um acto autónomo da administração central ou provincial póde produzir, com a concisão do estylo burocratico, e até com a rapidez do telegrapho. (18)

---

(18) Estas idéas não deixam de ter um certo ar de estranheza. Nos Estados modernos, de que falla Gneist, não se comprehende o Brazil. Ás relações da administração com a justiça são entre nós muitissimo confusas e indistinctas; o que dá lugar a innumeros disparastes commettidos, quer n'um, quer nout'ro dominio. Assim não é raro vêr o governo demittir funccionarios accusados de crimes da primeira categoria, antes e sem dependencia da decisão judicial, ao passo que por sua vez

E. D.

Voltando ao objecto pratico do crime, importa observar que a vontade criminosa só póde ser effectuada, se esse objecto é *proprio*, isto é, realmente dotado das qualidades essenciaes, que a lei presuppõe para conceder-lhe a protecção penal.

Um delicto querido, apparentemente consumado em um objecto *improprio*, não é esse delicto. (19) Qnando muito, e conforme as circumstancias, póde ser outro menor

Costuma-se, ainda que sem razão, designar este caso como *delicto putativo*. (*Wahnverbrechen*, dizem os allemães); expressão que technicamente tambem tem outro sentido. (20)

Se o abjecto immediato do crime pertence á esphera de uma pessoa juridica, ou de uma pessoa physica, é um facto irrelevante. Quaes são porém as relações de direito, que podem ser consideradas como pertencentes a uma pessoa da primeira especie,—deprehende-se da extensão sempre limitada da personalidade ideal. (21)

Aqui merecem tambem ser tomados em consideração *os meios do crime*. Como taes julgam-se aquellas cousas que em regra se acham fóra do sujeito agente e com as quaes

---

o poder judiciario arroga-se o direito de ainda processar, pronunciar e codemnar á perda do emprego empregados que já o perderam por força de uma demissão: e o que mais espanta, sujeitando-os a juizes especiaes, como se ainda fossem aquillo que já não são, isto é, funccionarios publicos ! E' o cumulo do contrasenso.

O principio da *continuidade penal*, consagrado por Ulpiano no Dig. *de pœnis* (48. 19), não tem applicação ao caso, pois o emprego não é uma *conditio*, cuja mudança nada influa sobre identidade da pena, desde que esta consiste justamente na perda do mesmo emprego.

(19) Ninguem póde, por exemplo, matar um cadaver, uma boneca, umasombra, nem commetter adulterio com uma suppotsa mulher casada ou furtar o que é proprio, tendo-o por alheio.

(20) E' o do *erro de direito*, pelo qual o agente pratica uma acção, pensando ser criminosa, ao passo que ella nada tem de offensiva á lei penal.

(21) Ainda boje é questão aberta, se as pessoas juridicas de direito privado, que se caracterisam pela aptitude á possuir um patrimonio, prestam-se á ser objecto de outros crimes que não affectam a propriedade. Neste sentido, alguns juristas allemães têm procurado elucidar, se contra ellas póde ser commettido o crime de injuria. A questão não é ociosa; e têl-a-hemos de agitar e discutir no commentario ao art. 236.

elle influe sobre o objecto, ou torna physicamente possivel essa influencia: os instrumentos e materiaes do facto. (22)

Só os instrumentos artificiaes, e não os inseparaveis da pessoa do criminoso, diz Schuetze, devem ser tratados como *meios*. Mas isto é um erro. Esses meios em gerãl podem dividir-se em *physiologicos, mecanicos, physicos e chimicos.* O meio de praticar, por exemplo, o crime de estupro, è simplesmente physiologico; e ninguem dirá que elle esteja fóra do sujeito.

Assim tambem aquelle que açula contra outrem o seu cão feroz, com o fim de feril-o, ou mesmo de matal-o, usa de um meio physiologico, que se acha fóra da pessoa physica do delinquente,-mas fórma, por assim dizer, uma parte da sua organisação juridica.

A consideração dos meios tem importancia no processo criminal como *corpus delicti,* como signaes do facto; no direito criminal porém como qualificações do mesmo facto, e relativamente á sua *propriedade* para o conceito da tentativa.

Dos meios do crime se distingue a maneira de pratical-o. O direito hodierno não lhe confere, salvo raras excepções, uma significação fundamental, mas apenas accessoria. (23)

Como influencia do sujeito sobre o objecto é necessaria uma acção, isto é, um facto de percepção sensivel,

---

(22) *Instrumenta sceleris*: — armas, chaves, escadas, cordas, veneno, falso metal, etc. Tambem podem ser admittidas na mesma categoria certas circumstancias exteriores, dependentes do sujeito, ou por elle utilisadas, ou que entraram nos seus calculos criminosos.

(23) Como fórmas primitivas e essenciaes do crime, donde se differenciaram todas as outras, as juristas designam a *fraus* e a *vis*. Era este pelo menos o pensamento romano Cicero disse: — Quum autem duobus modis, id est, aut *vi* aut *fraude* fiat in uria, fraus quasi vulpeculæ, vis leonis videtur (de Off. I, 13). Os germanos tiveram a mesma ideia expressa pelas palavras *Tutke und Trotz* (*Trug und Gewalt*). No seu antigo direito a distincção era capital, mas de modo que o crime secretamente commettido recebia maior pena; porém na idade média a fraude (*Trug*) começa á ter uma outra significação. Hoje, depois que até o furto perdeu o caracteristico da *fraus*, ella só apparece raras vezes como *momento* de qualificação criminal, ou tambem, segundo o nosso direito, como circumstancia elevadora da penalidade.

que entre nos dominios do mundo exterior, como phenomenos da vontade criminosa. Fóra dos conceitos de crime e pena está o reino dos pensamentos, sentimentos, disposições e simples deliberações.

O conceito da acção não se entende sómente no sentido estricto, significando um facto positivo, isto é, o phenomeno exterior de uma determinação voluntaria, que se affirma pela actividade; mas envolve tambem o conceito da omissão, até onde esta importa um facto manifestado sob fórma negativa, repousando igualmente sobre uma determinação da vontade, que se affirma pela inacção. Dahi duas ordens ou categorias de crimes, a que a doutrina dá o nome de *commissivos* e *omissivos*.

Tratando de apreciar e distinguir, pelos seus caracteres, estes dois grupos de acções criminosas, póde-se partir, ou do conteúdo da lei violada conforme a sua disposição é *preceptiva* ou *prohibitiva*, conforme commina penas a um *fazer* o que ella veda, ou *deixar de fazer* o que ella ordena; ou então partir da consideração do crime mesmo, que póde apparecer em fórma de um acto *positivo* ou de um acto *negativo*.

Sobre o primeiro *argumentum divisionis* repousa a classe dos delictos *omissivos propriamente ditos*; sobre o ultimo porém a dos delictos *omissivos improprios* ou delictos *commissivos*, omissivamente praticados.

Naquelles a omissão é o momento substancial, é o proprio fundo do crime, ao passo que nestes ella constitue apenas uma modalidade da acção. (24)

O crime omissivo propriamente dito é a transgressão da lei penal, que ordena uma certa actividade. A lei impõe penas á omissão dessa actividade, ora á omissão proposital, ora tambem á simplesmente desleixosa; e em ambos os casos o seu fim é punir a desobediencia, que se manifesta em deixar de fazer o que ella prescreve.

---

(24) Convém observar que, estabelecida a divisão geral dos delictos em *commissivos* e *omissivos*, é indifferente que a subdivisão se dê, ou no primeiro membro, em commissivos *positivos* e commissivos *negativos*, isto é, perpetrados por meio de omissão,— ou no segundo membro, em omissivos *proprios* e omissivos *improprios*. O resultado é o mesmo.

Os preceitos de tal natureza trazem sempre o cunho policial, ou se dirijam a qualquer individuo, ou sómente a pessoas pertencentes a uma classe determinada. Casos desta especie, não estranhos ao direito commum das nações cultas, mas diversamente apreciados, conforme a intuição dos tempos, são entre outros :— o não prestar um auxilio possivel, reclamado por urgente necessidade, e o não denunciar crimes commettidos, ou que se tratam de commetter.

Destes dois casos o nosso codigo só conhece o primeiro, e isto mesmo sob a fórma especial e restricta do art. 188. Quanto ao segundo, nada temos de positivo. Nem o legislador achou-o digno de mensão, nem o senso popular da justiça toleral-o-hia.

Entre nós aquelle que, por exemplo, tendo conhecimento do plano satanico de uma horda de malvados, que quizessem aniquilar uma cidade inteira por meio de dynamite ou de polvora subterranea, se apressasse em communical-o á autoridade publica, seria tido na conta de um *infame* : mas aquelle que, sabendo da cousa, tratasse de pôr-se bem longe do theatro do crime, guardando sobre tudo completo segredo, só teria direito a ser qualificado de *heróe*!...

E' este infelizmente em taes assumptos o modo de vêr brasileiro. O romantismo humanitario, que sympathisa mais com o criminoso do que com a sua victima, é tambem um dos defeitos do nosso caracter nacional.

Dizemos—*tambem*,—para significar que não estamos sós: esse defeito é hoje commum ás nações latinas, cuja sciencia juridico-penal se acha mais ou menos influenciada por um liberalismo romantico, que quizera vêr extinctas todas as cadeias, quebradas todas as jaulas da ferocidade humana; influencia que aliás vai se reforçando de dia em dia com as crescentes pretenções da chamada *criminologia ou anthropologia criminal.*

O delictos omissivos improprios ou commissivos praticados por omissão, não se acham nas mesmas condições dos omissivos propriamente ditos. Estes constituem questões de direito ; estão taxados na lei. Aquelles porém são casos de facto, e como taes não se prestam a uma

enumeração; dão sómente lugar a exemplificações de toda sorte. (25)

Objectivamente apreciado, o crime é um effeito, que se prende a uma causa, como a qualquer outro phenomeno da natureza. Mas esta causalidade philosophica não é a mesma causalidade juridica. Para o direito não basta causar um phenomeno criminoso; é preciso que elle provenha da vontade de um agente livre; razão porque o nexo causal que existe entre o delicto e o delinquente toma o nome particular de *responsabilidade.*

Schopenhauer póde ter razão quando affirma que todas as causas são voluntarias, que a vontade é o denominador commum de todas as forças da natureza. Porém o direito não preciza entregar-se a estas especulações. No seu circulo de acção, a unica força que lhe incumbe disciplinar e dirigir, é a livre vontade humana, nos limites da liberdade empirica. O que se dá além dessa esphera, é o fatal, o involuntario, o extra-juridico por conseguinte.

Assim pois uma vez admittido o nexo de causalidade entre o crime e vontade consciente do sujeito criminoso, o modo de *causar* é indifferente. Nada importa que os meios empregados sejam positivos, ou negativos. O direito só quer saber se o phenomeno, que elle qualifica de delicto, é um effeito deliberado da actividade voluntaria deste ou daquelle individuo. E tanto basta para legitimar o conceito dos crimes commissivos, omissivamente praticados. (26)

O que por ventura ainda nos resta a observar sobre outras antitheses inherentes ao conceito do delicto, como

---

(25) Fontes e litteratura da questão: Feuerbach—*Lehrbuch*— § 24; Spangenberg—*Neues Archiv des Criminalrechts*— IV pag. 527; Luden—*Abhaudlungen* I pag. 300; Glaser—*Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht* pag. 301; von Bar *Die Lehre vom Causalzusammenhange*— pag. 90; von Buri— *Ueber Causalitaet und deren Xerantwortung pag.* — 93; Ortmann — *Gerichtssaal* —(1875) pag. 209; e assim muitos outros criminalistas allemães. Vide tambem do autor—*Estudos allemães* pag.—45 e seguintes da 1ª edição. O assumpto comporta ainda maior desenvolvimento, que ser-lhe-ha dado no commentario aos arts. 4 e 5, á proposito de autoria e cumplicidade negativa.

(26) De caracter preceptivo, com relação aos cidadãos em geral, o codigo só tem as disposições dos arts. 188, 250, 295, 303, 304 e 307, podendo ainda incluir-se nessa classe a do art. 128 (*desobedieneia*).

as de delicto *momentaneo* e delicto *duradouro*, *delictum facti transeuntis e delictum facti permanentis*, veremos adiante em lugar mais appropriado.

2. Passamos agora a uma das materias mais arduas do direito criminal. Realmente a tentativa tem sido e continúa a ser o tormento dos criminalistas. A razão é obvia. A tentativa occupa um lugar intermedio e facilmente variavel entre o dominio ethico e o dominio juridico. Ao envez do que succede com o crime consummado, a sua punição não se dá tanto pelo que ella vale, como pelo que significa.

« Os limites da punibilidade da tentativa, diz Kraewel, tem se estreitado cada vez mais no correr dos tempos. Ao passo que segundo a opinião dos antigos juristas, Boehmer, Quistorp e Klein, até os simples actos preparatorios deviam ser punidos como tentativa, modernamente foi sustentado, entre outros por Kitka, Mittermaier, como velho direito allemão, já contido na *Constitutio criminalis carolina*, o principio expresso no art. 2 do *Code pénal* de que ella só é punivel, quando a acção exterior encerra um principio de execução.» (27)

Mas esta opinião não é de todo inatacavel. A theoria do *conatus*, como ella é hoje commungada por juristas e legisladores, tem uma historia, que remonta a tempos muito anteriores a Boehmer, e um pouco diversa da que refere Kraewel.

Antes do direito criminal tornar-se objecto de um estudo e cultivo particular, estudo e cultivo que começou immediatamente depois da época dos glosadores, na praxe forense da Italia e da França predominava a idéa de que a tentativa não devia ser punida. Assim o attestam as seguintes palavas de Gandinus: — Imo de generali consuetudine Italiœ nunquam actus vel conatus punitur, nisi sequatur effectus. (28)

(27) Citado por John—*Entwurf mit Motiven* pag. 205.

(28) Boehmer attribue á Bartholus, a quem elle chama *acerrimus consuetudinis propugnator*, a introducção dessa ideia na França, d'onde depois passou tambem á Allemanha.

A influencia do direito romano provocou a controversia, servindo de motivo a distincção que esse direito faz entre *delicta majora* e *leviora* conforme se deprehende de certas passagens, como a L. 5 § ult. D. *de pœnis* (48,19), e L. 6 do mesmo D. *de accusat. et inscript.* (48,2)

Desta consideração do direito romano foi pouco a pouco se formando entre os praticos italianos a opinião de que a doutrina da impunidade da tentativa soffria excepções relativamente aos *delicta atrocissima* ; e a consequencia mais natural dessa opinião foi impor-se ao *conatus* de taes delictos a mesma pena do crime consummado.

Julius Clarus diz que na praxe do seu tempo este era ainda o modo de vêr predominante ; mas tambem accrescenta que a esse modo de vêr já se contrapunha uma especie de *communis opinio*, segundo a qual a pena da tentativa não devia ser a mesma, porém uma menor que a do delicto completo.

Nota-se ahi uma divergencia, que só póde ser explicada pela maneira por que se explicam algumas outras que apparecem em varios institutos juridicos, onde o direito romano e o germanico se puzeram em lucta.

Certamente o direito germanico cedeu muito do seu terreno ao direito romano, levantado sobre principios mais cultos ; mas não raras vezes tambem, por meio de justas restricções, tratou de affirmar a sua propriedade. Foi o que se deu com a questão da tentativa, que elle não equiparou em caso algum ao delicto consummado.(29)

Como se vê, ahi está a fonte de duas correntes diversas, que seguiram as legislações modernas em relação ao presente assumpto. O nosso codigo acceitou, não sei se consciente ou inconscientemente, o ponto de vista germanico.

Em rigor esta ordem de considerações tinha mais cabimento no commentario ao art. 34 ; mas dei-me pressa

---

(29) Rossirt — *Entwicklung der Grundsætze des Strafrechts* — pag. 320 e 321, Entretanto alguns codigos modernos, como o de Brunswick, o de Baden, o de Wurtemberg, desprezando as tradições germanicas, e cedendo á estranha influencia, impuzeram a mesma pena do crime consummado á chamada tentativa perfeita (*conatus perfectus — beendigter Versuch*)

em fazel-as, para que, uma vez reconhecida a origem historica da differença penal da tentativa, ficasse tambem logo assentado que o codigo, tendo acceito a intuição germanica pelo lado da penalidade, não está longe de poder amoldar-se ás exigencias dessa mesma intuição, pelo que toca ao lado criminal. Vel-o-hemos adiante.

As determinações do *Code penal* sobre a tentativa, que na propria França deram logar a viva censura, e por meio da revisão de 28 de Abril de 1832 experimentaram uma modificação consideravel, que entretanto não affectou o principio mesmo; - essas determinações serviram de modelo a todas as codificações penaes dos paizes cultos, posteriormente apparecidas.

Neste numero figura o nosso e um grande numero de codigos dos Estados allemães. Mas o codigo brasileiro, que foi publicado em 1831, não poude aproveitar-se da revisão franceza de 1832, pela qual as ambiguas expressões — manifestée par des actes exterieurs et suivie — do *Code penal* foram riscadas, ficando assim melhor accentuado o conceito da tentativa. (30)

Dahi resultou que, quando o *Code* fechava a porta a esteril discussão dos *actos preparatorios*, cuja ideia a doutrina dos penalistas francezes tinha deduzido das palavras suprimidas, o nosso codigo abria de novo o campo da futil contenda, pela conservação dos termos — *quando fôr manifestada por actos exteriores*, — que o legislador brasileiro nunca se lembrou de riscar tambem.

E' verdade que alguns dos outros codigos, modelados pelo francez, e que foram publicados depois daquella revisão, mantiveram as referidas palavras ou suas equivalentes; razão por que os respectivos commentadores levantaram e continúam a levantar muita poeira

---

(30) A redacção primitiva do *Code*, art. 2, era esta : — «Toute tentative de crime qui aura été manifestée par (des actes extérieurs et suivie d') un commencement d'execution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considerée comme le crime même» — As palavras entre parenthesis foram as subtrahidas.

no interminavel combate para assentar o verdadeiro sentido dos chamados *actos preparatorios.*

Mas esta communhão do erro não attenùa a responsabilidade perante a critica ; tanto menos, quanto é certo que os alludidos codigos, laborando no mesmo defeito, se distinguem todavia por alguma cousa de melhor que o nosso.

E' assim que o codigo da Prussia, art. 31, diz : — « A tentativa só é punivel, quando foi *manifestada* por actos, que encerram um principio de execução, e sómente por circumstancias *exteriores*, independentes da vontade do agente, foi impedida a consummação, ou a mesma tentativa ficou sem resultado. »

O codigo de Oldenburgo repete esta disposição com duas ligeirissimas alterações. O de Lübéck, art. 29, tambem diz : — « a tentativa só é punivel, quando *manifestada* por meio de *uma* acção, que encerra o principio da execução de *um* crime, e sómente por circumstancias *exteriores* independentes da vontade do agente, ou a consummação foi obstada, ou a tentativa ficou sem resultado. »

Não ha duvida que estas formulas conceituaes são mais ou menos defeituosas, mas todas têm sobre a do codigo brasileiro a vantagem de maior especificação dos diversos momentos da tentativa. A ideia dos actos preparatorios, esta infeliz creação da doutrina, não lhes é de certo estranha ; mas em compensação ellas exprimem com mais clareza o momento final e caracteristico, pela exigencia, não de quaesquer circumstancias, independentes da vontade do criminoso, mas sómente de circumstancias *exteriores* ; — o que merece ser bem ponderado.

E neste ponto estão de accordo com os mencionados ainda outros codigos allemães. Por exemplo, o da Baviera, art. 47, que assim se exprime : —« Existe a tentativa de um crime, quando alguem, no intuito de pratical-o, emprehendeu uma acção, que já em si contém o principio de execução do mesmo crime, cuja consummação porém só deixou de dar-se por causa de circumstancias *exteriores*, independentes da vontade do agente.»

Da mesma fórma o codigo de Thüringen, que determina o seguinte : — « Actos, por meio dos quaes começou-se a execução de um crime intencional, mas este não chegou a consummar-se, devem ser punidos como tentativa do mesmo crime : — 1,° se o delinquente foi obstado na conclusão da acção criminosa começada por meio de circumstancias *exteriores*, que não tiveram na vontade delle a sua razão de ser ; — 2,° se o delinquente fez de certo de sua parte tudo que era necessario para a consummação do crime projectado, mas o resultado inseparavel do conceito do crime consummado foi arredado por circumstancias *exteriores* ; — 3,° se o delinquente, para commetter o crime, escolheu um meio proprio, mas empregou-o de um modo insufficiente ou irregular, tanto que por isso mesmo o resultado querido deixou de ser alcançado ; — 4,° se para a execução do crime que tinha em vista, o criminoso suppoz applicar um meio proprio, mas em lugar delle, —por erro, confusão, ou por qualquer outra casuaidade, — applicou um meio improprio . »

Ao meu intuito servem sómente o primeiro e segundo paragraphos ; os doïs ultimos porém serão mais tarde aproveitados na questão da tentativa impossivel pela impropriedade dos meios.

Todos esses codigos, como acabamos de vêr, exigem que sejam *exteriores* as causas que embaraçam a execução do crime. Mas o nosso não faz essa exigencia, que entretanto è muito significativa.

Com effeito : — se as circumstancias impedientes da consummação do delicto, uma vez que não dependam da vontade do criminoso, é indifferente que sejam externas ou internas, a consequencia será que tanto é réo de tentativa, por exemplo, aquelle que descarregando sobre outrem uma arma de fogo, não consegue alcançar a sua victima, porque no momento de romper o tiro, mão estranha e inesperada desvia a bocca da arma da linha do projectil, como aquelle que, querendo furtar uma ovelha do vizinho, que se acha no meio do seu rebanho, em virtude de uma tal ou qual curteza de vistas, confunde cousa com cousa, e em vez do objecto alheio, carrega o proprio objecto.

Mas em geral os penalistas concordam que nesta segunda hypothese não ha crime,—nem consummado, nem tentado. Por que razão nem se quer tentado? Pela impropriedade do objecto,— é a resposta. Mas essa impropriedade resultou da troca de uma cousa por outra ; resultou do facto psychologico da confusão, por sua vez motivada pelo facto physiologico da myopia ; tudo isto— causas ou circumstancias internas, independentes da vontade do pretenso criminoso.

E' incontestavel por conseguinte a deficiencia do nosso codigo em relação aos codigos citados, no ponto de que nos occupamos ; deficiencia esta porém que a doutrina, auxiliada pelo estudo das legislações estrangeiras, tem obrigação de supprir no sentido mais razoavel e mais geralmente acceito.

Mas pondo de lado essa e outras pequenas differenças, que possam apparecer de codigo a codigo, fica fóra de duvida que o conceito da tentativa, com os seus tres momentos essenciaes — *o começo de execução de um crime intencional, a sua interrupção*, e esta por effeito de *circumstancias estranhas á vontade do réo*, — constitue direito commum entre as nações modernas.

E' de proposito que digo *direito commum*, e não — *theoria commum* ; — porquanto, na presente questão, os legisladores em geral têm procedido com mais acerto do que os criminalistas, cujos trabalhos se resentem, pela mór parte, da mania da innovação e da originalidade em assumptos, que já não se prestam a inventivas e descobertas.

Antes de proseguir, devo observar que julgo-me dispensado de entrar em pretendidas considerações philosophicas sobre a punibilidade da tentativa, bem como sobre a indifferença do direito perante os actos, que manifestam a simples intenção criminosa, sem um ensaio qualquer de realisação pratica.

Ainda seria preciso avivar as côres de uma verdade tão sediça? E para que? Para dizer, por exemplo, como Chauveau e Hélie, que « em quanto o pensamento

repousa no seio do homem, só Deus tem o direito de lhe pedir contas » — ou como Haus, autor mais moderno e por isso mesmo ainda menos descupavel, que « sómente á Deus pertence sondar as consciencias e escrutar o pensamento » ? Obrigado pela novidade.

Fóra das sciencias exactas, onde os axiomas prestam algum serviço, estas verdades evidentes por si mesmas, repetidas com todo o serio, dão apenas testemunho de uma tal ou qual pobreza de espirito.

Considero tambem de pouco alcance uma definição da tentativa. A construcção synthetica dos elementos analyticos estabelecidos pelo codigo importa sempre um sacrificio da clareza ao gosto architectonico da doutrina.

Quando, porém, deixando de parte os dados fornecidos pela lei, pretende-se construir *á priori* um conceito scientifico da tentativa, o resultado é cahir n'uma tautologia amphigurica, inextricavel, qual a que, por exemplo, commetteu o professor Carrara.

Este criminalista, que é maniaco por novidades, e que parece convencido de que a sciencia não deve fallar a linguagem de todos, mas sómente empregar, como mais nobre, a divina algaravia do incomprehensivel, definio a tentativa do seguinte modo : — « Todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado criminoso, mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar — » (20)

E digam lá, se isto não é multiplicar palavras, sem multiplicar ideias ! Definir é explicar ; e isto não é uma explicação, mas uma confusão. Definir é esclarecer ; e isto não é um esclarecimento, mas um completo embrulho.

O illustre professor de Pisa não quiz proceder como o seu não menos illustre collega de Napoles, o clarissimo professor Pessina, que limitou-se a analysar o conceito

---

(20) *Programme du Cours de droit criminel* (traducção de Baret § 356.

legal da tentativa, decompondo e enumerando os seus diversos elementos, sem aventurar-se a uma superflua construcção philosophica; methodo este que é na hypothese o unico fecundo e verdadeiro.

Mas o autor do *Programma* não se conforma com isto. Embriagado do seu proprio vinho, e como quem acha defeituosas e inadmissiveis todas as velhas definições, elle diz triumphantemente; — « Eu defino a tentativa: — *todo acto exterior*, etc. etc. »

Não era o caso de se lhe responder que ninguem precisava da sua definição? Para que mais uma definição da tentativa, no meio de tantas outras que satisfazem plenamente ás exigencias do ensino?

Porém não é mesmo o facto de definir de novo o que já está bem definido, que tem direito a uma critica severa ; o mais censuravel consiste em que o autor, no empenho de ser original, não só deu uma definição obscura, como tambem, a despeito da redundancia de termos, uma definição incompleta.

Apreciemol-a de mais perto: — « *Todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado criminoso*..... Estas vinte palavras querem dizer simplesmente: — « *Todo principio de execução de um crime intencional*..... Qual a maior vantagem do seu emprego? Por ventura a concisão é uma qualidade anti-scientifica?

Vejamos o complemento: —.... « *mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar* » — Esta outra abundancia esteril de palavras corresponderia perfeitamente ao..... *que não teve effeito, ou que foi interrompido por circumstancias independentes da vontade do agente*, repetido por diversos codigos e adoptado por todos os criminalistas, se o autor, além de esquecer esse momento capital da tentativa, não tivesse incluido no seu conceito a ideia exotica da lesão de um direito superior ou equivalente ao que formava o objecto da offensa.

Com effeito: — como entender semelhante lesão, figurando por sua falta entre as condições da tentativa?

Não é facil atinar com o pensamento de Carrara. Se porém bem o comprehendo, e comprehendêl-o é um problema,—a ideia dessa lesão se refere a certos actos, que ainda não sendo levados ao término final da intenção do delinquente, constituem todavia crimes perfeitos.

E' o caso do *perjurio*, da *peita*, da *moeda falsa* e outros delictos, que são completos em si mesmos, posto que não tenham attingido o alvo ulterior, que serviu de motivo á sua perpetração. Assim, por exemplo, o moedeiro falso, que apenas se limitou a fabricar a moeda, é um criminoso perfeito, ainda quando não tenha auferido a vantagem que teve em mira.

Mas onde está o serio da questão? O professor Carrara, segundo o seu costume, quiz crear uma difficuldade, onde ella não existe. A tentativa do fabrico de moeda falsa fica tão bem caracterisada pela falta de consecução do resultado criminoso, que é o facto mesmo de fabrical-a, como a tentativa de qualquer outro crime.

Desde que a lei elevou esse facto, por si só á categoria de um delicto, e nelle se concebe uma phase inicial e outra phase terminal, pode-se fallar de um *principio de execução, que foi interrompida*, com o mesmo direito com que se usa de taes expressões a respeito do homicidio.

Já se vê que a distincção entre não ser seguido do resultado criminoso, ao qual conduzia *univocamente* (o adverbio é caracteristico) o acto exterior dirigido pela vontade explicita do agente, e não seguido da lesão de um direito superior ou equivalente ao que se queria violar,—semelhante distincção é caprichosa e futil·

Ouçamos entretanto o autor do *Programma*, que é interessante. Justificando a sua innovação, elle diz (§ 372) :—« Póde muitas vezes succeder que o criminoso tenha dirigido a sua acção para um fim ulterior, que elle não attingio ; não lhe é sempre dado por isso invocar a escusa da tentativa, ainda que prove ter ficado illudido em suas esperanças. »

Nenhuma duvida ; havendo sómente a notar que o perjuro, por exemplo, a quem não coube a sorte de obter, por força do seu juramento, a condemnação ou absolvição de alguem, nunca se lembrou de dizer que apenas

tentára perjurar; pois elle sabe, tão bem como qualquer jurista, que a lei considera crime o facto geral de jurar falso, independente de qualquer resultado. Se em materia civil ou criminal, se para absolver ou condemnar, se esta absolvição ou condemnação se deu,— são circumstancias que podem alterar a penalidade; nada têm que vêr com o crime mesmo.

Porém não sei o que dahi se possa deduzir, para justificar a modificação feita por Carrara no conceito da tentativa.

Além disto, a ideia da lesão de um direito superior ou equivalente ao que se pretendia violar, tem o defeito de não ser *univoca*, para servir-me do termo favorito; por quanto ella póde conduzir a um ponto mui diverso do que parece que o autor teve em vista.

Realmente: se a tentativa se caracterisa, não só por não ser seguido do *resultado criminoso*, para o qual se encaminhava, o acto externo dirigido pela vontade explicita do agente, mas tambem por não ser esse mesmo acto seguido da *lesão* de um direito superior ou equivalente ao direito violando,— é facil figurar um caso, em que essa *lesão* se effectúa, e onde por tanto não deve haver tentativa; mas tambem o erro é evidente.

Assim, aquelle que disparando a sua arma, no intuito de assassinar A. ou B., não lograsse nem se quer feril-o, porém matasse, por uma *aberratio ictus*, a mulher do assassinando que se achava á pequena distancia,—não seria réo de tentativa contra o primeiro, mas sómente de homicidio culposo em relação á segunda; visto que ahi se trata da *lesão* de um direito equivalente ao que se queria offender.

Não assim porém aquelle que, nas mesmas condições em vez da mulher, matasse um cão. Seria a offensa de um direito inferior, e como tal poderia dar lugar á tentativa.

No paragrapho seguinte (373), para melhor explicar-se, o autor continúa: « Quando o acto praticado pelo delinquente consummou a offensa de um direito *universal*, ou mesmo de um direito *particular*, mas igual ou superior ao que elle queria offender, tem-se um delicto perfeito em

sua *objectividade juridica*; e, bem que o criminoso não haja attingido á *objectividade ideologica*, a que elle se dirigia, não se póde fallar de tentativa. »

« O meu reino por um cavallo ! » —Uma corôa de rosas a quem me decifrar este enigma ! « Bem que o criminoso não haja attingido a *objectividade ideologica*, a que elle se dirigia.... » Que diabo é isto ?... Que vem aqui fazer a *ideologia* ? Pois entende o professor Carrara que póde tomar de emprestimo á velha technologia philosophica uma serie de expressões usadas, que já se retiraram da circulação, casal-as com outras, que não existem para se unir a ellas, formando assim conceitos extravagantes, e offerecer-nos esse *imbroglio* como a quintessencia da sabedoria juridica ?. (32)

Henrique von Treitschke, fallando uma vez do prdre Passaglia, disse que dos escriptos deste nobre italiano, a despeito de toda apparencia de liberalismo, reçumava sempre um como halito dos tumulos : escolastica a expressão, escolasticas as idéas.

E' quasi o mesmo que se pode dizer do professor Carrara. Os seus livros exhalam pela mór parte um bafo medieval ; escolasticos na fórma, como não raro tambem escolasticos no fundo da doutrina e no mecanismo da argumentação.

Destarte elle falla da *objectividade ideologica*, da *subjectividade ontologica*, da *subjectividade psychologica* e outras extranhas phrases, de obscurissimo conceito, que elle mesmo engedra, para ajudarem-no a levantar o seu edificio, —com aquelle grau de segurança, com que um scottista da idade media poderia fallar da *hæcceitas*.

Sempre é um criminalista, que ainda lança mão da *Providencia*, do *Creador*, do *Omnipotente*, como uma especie de ingrediente metachimico, para amollecer o

(32) E' uma singularidade bem notavel que entre nós alguns juristas, sectarios do positivismo e por conseguinte inimigos figadaes da *metaphysica*, sejam entretanto enthusiastas fanaticos do professor de Pisa, que ainda faz as despezas da sua sciencia com visões *ideologicas*, *ontologicas*, e quejandas expressões de um sabor archaico e impertinente. Não ha maior *testimonium paupertatis*.

bronze de certas questões insoluveis. A sua intuição philosophica é muitissimo atrazada.

O paragrapho citado, sendo lido isoladamente, separado do anterior e do posterior, produz a impressão de uma inscripção etrusca: — ninguem o entende. E ainda depois de entendido, não deixa de abrir espaço a uma justa critica.

Effectivamente: quando o autor trata da *objectividade juridica* do delicto, estamos todos de accordo com a ideia que essa expressão representa. A objectividade juridica ou juristica do homicidio, por exemplo, é a lei, que o prohibe e pune, é a ordem, a segurança, o interesse do Estado e da sociedade.

Que aquillo porém, a que outros dão o nome de *objectividade pratica*, o professor de Pisa julgue-se autorisado a chamar *objectividade ideologica*, — é o que mal se póde, já não digo admittir, mas mesmo comprehender.

O meu corpo, a minha vida, a minha liberdade, contra os quaes pode-se dirigir uma acção criminosa, considerados como entidades ideologicas ou pedaços de ideologia... lá isso não, professor... O disparate è palpavel.

Um dos vicios capitaes de Carrara é o gosto exagerado por umas longas periphrases, que velam o seu pensamento, que o envolvem n'uma certa nuvem, com o intuito talvez de roubal-o ás vistas do profano vulgo.

Já houve quem dissesse dos allemães, e com alguma razão, que costumavam armar-se de uma alavanca para arrancar um *pé de couve*, o que em todo caso é menos insensato do que munir-se de um canivete para partir, de um só golpe, o tronco de um carvalho, como fazem os francezes. Mas tudo tem seu tempo. Em rigor os allemães já não merecem tal censura. O mau habito não desappareceu do mundo scientifico, porém grassa por outras partes. O criminalista italiano é uma prova disto.

Eu sou do numero daquelles, para quem a pretendida popularisação da sciencia não tem o minimo attractivo. Nem gosto mesmo de vêr addicionada ao fino metal do saber theoretico a liga, de que ha mister a pequena moeda da praxe, segundo a expressão de Jacob Grimm.

Escrever sciencia para o povo é um trabalho ocioso, que nem aproveita ao povo, nem nobilita a sciencia. Mas o extremo opposto não é menos anomalo e indesculpavel. Fazer de qualquer ramo scientifico uma *sciencia occulta*, como outrora a sciencia dos brahmines, ou mesmo como a *algebra*, que ainda hoje sómente poucos, relativamente poucos, estão no caso de comprehender e cultivar, é um acto de pedanteria revoltante.

Tal se me afigura o procedimento de Carrara. Nas suas mãos o direito criminal toma um caracter especulativo, que difficulta enormemente a solução das respectivas questões. O direito criminal é uma sciencia de factos, uma sciencia, que presuppõe e opéra com factos; Carrara substitue os factos por conceitos, largos e categoricos, mas vasios de realidade; — o que é o mesmo que substituir a mão pela luva, ou a cabeça pelo chapeu. Eis o motivo, por que a autoridade deste criminalista não me parece das mais respeitaveis.

Voltando ao nosso codigo: — os termos em que elle explana a ideia da tentativa, podem-se dividir em tres momentos: — *1°, a intenção de praticar o crime, manifestada por actos exteriores com principio de execução*; *2°, a inefficacia desta mesma execução começada*; *3°, por circumstancias independentes da vontade do delinquente.*

O primeiro momento não é caracteristico; pertence tanto ao *conatus*, como ao crime consummado, pois que este tambem tem uma phase inicial, um principio de execução. A differença está em que, alli, esse principio é interrompido, aqui, porém elle surte todo o seu effeito.

Já se vê que, quando houvesse mistér de construir em todo caso uma definição da tentativa, aquelle primeiro momento poderia ser eliminado, sem alterar a noção do objecto definido. Destarte, quem por ventura dissesse que a tentativa... é *o crime começado, mas não acabado, pela interposição de uma causa externa antagonica e superior á vontade do criminoso*, — daria uma completa, uma perfeita definição, se em geral pudesse haver definições completas e perfeitas.

Mas uma coisa é fóra de duvida: — perfeita ou imperfeita, ella teria pelo menos a vantagem de ser clara e comprehensivel, independente de qualquer esforço intellectual, qualidade que aliás fallece a todas as outras definições conhecidas.

A de Carrara, por exemplo, como acabamos de notar, só se assignala pela obscura prolixidade. Dir-se-hia que o velho professor italiano era de uma organisação cerebral tão complicada, que a luz da precisão e da clareza lhe fazia mal aos olhos; tinha pois necessidade de retiral-a para melhor penetrar no intimo das coisas.

Imaginemos um espirito, se tal espirito é possivel, tão excepcionalmente constituido, que ache mais facil representar-se na mente, por exemplo, um hectogono ou polygono de cem lados, do que um quadrilatero, ou mais facil o valor da fracção $\frac{1510}{2265}$, do que o da fracção $\frac{2}{3}$, á que ella é reductivel, — e ahi temos a figura do illustre criminalista, para quem é mais comprehensivel que a tentativa seja: *todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado criminoso, mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar*, do que simplesmente: *todo crime começado, mas não acabado, por circumstancias independentes da vontade do delinquente.*

Esta ultima fórmula é accommodada ás intelligencias communs; a primeira porém, só cabeças privilegiadas estão no caso de apoderar-se della. (33)

Tal é o pernicioso effeito da *mania de definir*. E não duvido affirmar com Albert Lange: — Socrates, a quem se deve o *phantasma das definições*, que presuppoem uma imaginaria congruencia entre a *palavra e a coisa*, fez á philosophia e ao espirito philosophico em geral maior mal do que se pensa.

---

(33) O dogmatismo de Carrara, cuja morte recente importa sem duvida para a Italia uma perda consideravel, levou-o muitas vezes a extravagancias e dislates, que provocam a veia comica, e são realmente indignos de um homem superior.

Hoje mesmo, que o decurso de longos tempos já tem acabado mais de uma velha illusão querída, ainda ha quem se delicie com a *esgrima* socratica e ache que tudo póde ser definido, quando aliás é certo que quasi todas as grandes questões scientificas são reductiveis a outros tantos juizos, para cujos sujeitos se procuram os attributos mais adequados ; o que importa dizer que são reductiveis a outras tantas definições, que, se pudessem dar conta da riqueza total do objecto definiendo, trariam logo comsigo mesmas a solução dos problemas ; não havia mister de mais arrazoados.

O modo porque em geral costumam definir a tentativa, foi que deu lugar á ociosissima questão dos *actos preparatorios*, sobre a qual os criminalistas se estendem tão larga, quão inutilmente, com o fim de passar um traço vermelho, uma linha de separação bem vizivel entre esses actos e o principio de execução propriamente dito.

Com effeito :— o que são actos preparatorios ; quando existe uma tentativa ; se houve ou não houve principio de execução, — é coisa que só póde ser resolvida no terreno dos factos ; em theoria nada se adianta.

Para proval-o, basta vêr a resposta, que a sciencia do direito costuma dar ao jurista pratico, quando este lhe pergunta:— quaes são os principios, segundo os quaes devem separar-se uns dos outros os actos de *tentativa* e os actos *preparatorios* ?

E' assim que, entre outros, diz Berner : — « Actos que constituem o fundo do crime mesmo, são octos de execução. Aquelles porém, pelos quaes se procuram, ou predispoem-se os meios para commetter o crime, são actos preparatorios. » (34)

Mas a este pretendido achado oppõe com razão Richard John que o Jurista pratico póde responder : — isto sei eu tambem, — que actos que constituem o fundo do crime mesmo, são actos de execução, — como tambem sei que actos, com os quaes não se faz se não procurar ou predispor os meios para o commettimento do crime, são

(34) *Grundsaetze des Preussischen Strafrechts* — pag. 8.

actos preparatorios. Para saber disto, não precisava pedir informações á sciencia da direito. O que eu queria que ella me fornecesse, era o principio, com cujo auxilio posso distinguir a tentativa do simples preparo do delicto, nos casos em que nem já vejo diante de mim o fundo, a nota caracteristica do crime mesmo, nem observo sómente o arranjo, a predisposição dos meios para perpetral-o; e em lugar do *principio scientifico* dá-se-me *casuistica.* (35)

Tambem Zachariæ é de opinião que tanto no que diz respeito á direcção que deve ser dada aos jurados, como no que pertence ás decisões da justiça, não se póde negar ao conceito do *principio de execução* uma significação juridica. O que porém se deve entender por tal *principio*, — este enigma da esphynge, como diz John, — elle pretende resolver desta maneira:

« Como regra geral, que convém ter sempre em mira, consideremos a these seguinte: — dá-se principio de execução, quando se começou por um acto, que merece ser tido em conta de elemento real da infracção ameaçada na lei, podendo como tal, nos crimes *complexos*, isto é, naquelles que se formam pelo accrescimo de uma qualificação de facto á ideia do crime simples, ser tambem considerada essa propriedade qualificativa, se ella consiste em uma acção que precede o mesmo crime, como no furto, por exemplo, a irrupção ou um escalamento.

« Pelo contrario, não constituem em si mesmas principio de execução: — 1°, as acções, que têm por fim obstar a descoberta do crime projectado; — 2°, as acções que o delinquente emprehendeu para certificar-se da possibilidade e segurança da execução, ou para obter uma occasião conveniente de perpetrar o delicto; — 3°, as acções consistentes na acquisição ou preparação das forças, meios e instrumentos necessarios á pratica do crime; — 4°, finalmente — as acções emprehendidas pelo agente, para collocar-se no estado physico que determina o começo do facto criminoso. » (36)

---

(35) *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch* — pag. 214 e 215.

(36) *Goltdammer's Archiv* — V. — pag. — 579 e seguintes.

O criterio de Zachariæ não é de certo tão vago, como o de Berner; mas nem por isso é menos contestavel. Bem apreciado, todo o seu esforço chega, quando muito, a deixar estabelecido o que são actos preparatorios; porém este não é o problema. O que nos importa saber, é o que seja *principio de execução*; e o sabio criminalista não nos offerece um meio seguro de determinal-o.

Isto mesmo foi reconhecido por John, que entretanto não desanimou com o exemplo dos seus collegas e aventurou-se tambem a aprensentar um criterio de distincção entre as duas ordens de factos.

Dest'arte diz elle por sua vez, respondendo ao jurista pratico:—« Reparae bem no que aconteceu. Se dos factos reconhecidamente dados, podeis tirar a conclusão de que se quiz perpetrar um *crime determinado*, então puni o acontecido como a tentativa desse crime; se ao contrario os factos não vos obrigam á esta conclusão, deixae impune o que succedeu.

« Mas é mister que os factos se expliquem a si mesmos; limitae-vos exclusivamente ao que elles vos dizem, e não tomeis em nenhuma consideração o que por ventura o accusado vos communica para explicação do acontecimento. Imaginae o criminoso como não existente, ou como inteiramente mudo. »

Esta indicação de John não deixa de ter seu merito; mas elle mesmo confessa que ella ainda abre caminho a algumas duvidas. Pelo menos é certo que o conselho final de não ouvir o criminoso não poderia ser seguido nos paizes em que, segundo as leis do processo, o mesmo criminoso não é uma figura inerte, mas um importante meio de descobrir a verdade. (37)

---

(37) Suponhamos que um individuo descarregue sobre outrem uma cacetada, que deixa gravemente incommodado, nas condições presupostas pelo art. 205 do nosso codigo. Apreciado em sua objectividade, o facto parece ter ido além da intenção do deliquente; mas eis que este apparece e diz categoricamente: — *não* —, eu quiz matar; se não consegui, foi por motivos estranhos á minha vontade. Não ha ahi uma confissão tão acceitavel a respeito da tentativa, como se fosse sobre qualquer delicto consummado? E innegavel.

De tudo isto resulta que não é facil á doutrina determinar em termos claros e precisos o que seja este principio de execução, de que fallam todos os codigos. E' um ponto que só a pratica, — sómente ella, — póde elucidar nos casos concretos. Segundo o modo commum de dizer, não é uma questão de direito, mas uma questão de facto, que só aos respectivos juizes incumbe decidir.

Entretanto, por mais indeterminada que seja a ideia de um principio de execução d'este ou daquelle crime, ella accentùa-se com muito maior clareza do que a frivola *univocidade*, que Carrara creou para substituil-a.

Nem póde haver duvida sobre isto. Quem não sabe se este ou aquelle acto encerra o *principio de execução* de um certo crime, muito menos está no caso de saber, se entre esse acto e o mesmo crime existe *univocidade*.

A substituição de actos *equivocos* e *univocos* por *actos preparatorios* e *principio de execução* se reduz, em ultima analyse, a uma feia e ridicula tautologia. Tão ridicula talvez, como a de quem manda riscar — *beijo*, — e escrever — *osculo*; por quanto aqui é o pedante da moral, que quer fallar em termos mais *decentes*; alli é o pedante da sciencia, que quer fallar em termos mais *elevados*·

E se não ; — seja-me licito perguntar: — que é e em que consiste essa *univocidade* ? Quando se póde dizer que um acto é *univoco* em relação á certo resultado criminoso ? A resposta não è duvidosa: — sómente quando esse acto encerra um *principio de execução* do crime projectado. Mas onde está então a novidade de Carrara ? Unicamente nas palavras, com a differença porém de serem ainda mais obscuras do que as velhas substituidas.

A actividade criminosa, que se designa por *tentativa*, apparece em seu desenvolvimento dirigido para o resultado que se projectou, como um processo ascencional, cujo ponto extremo è o ultimo acto, que pretende attingir esse resultado.

Dahi vem que, conforme a actividade criminosa approxima-se mais ou menos daquelle ponto extremo, os criminalistas costumam fallar de tentativa *proxima e*

remota, *perfeita* e *imperfeita*, estabelecendo assim divisões e graus quantitativamente diversos da mesma tentativa.

Dá-se tentativa *perfeita* ou *acabada (conatus proximus)*, que alguns juristas designão por *delictum perfectum*, quando o agente fez de sua parte tudo que na occasião lhe era possivel, ou tudo que elle julgou necessario fazer para executar o crime, mas não obstante deixou de apparecer o resultado exigido para a sua consummação.

A tentativa *imperfeita* ou *inacabada (conatus remotus)* dá-se, porem, quando o *principio de execução* é de tal natureza, que entre elle e o delicto consummado ainda se concebem momentos intermedios de maior gravidade objectiva, antes mesmo de alcançar a phase final do crime planejado.

Esta doutrina foi consagrada por alguns codigos, como o de Thuerigen e o de Brunswick. A jurisprudencia franceza distingue *les actes internes* (que se subtrahem á qualquer acção do direito penal), *les actes exterieurs simplement preparatoires*, *les actes d'execution* (tentativa propriamente dita), e *l'execution elle même, quand elle est suspendue ou manquée*. Este ultimo caso é o do *delit manqué* ou delicto falhado, que vem assim a corresponder, por uma singular inversão das palavras, ao *delictum perfectum*, a tentativa acabada ou *conatus proximus* da velha doutrina.

Releva entretanto notar que nem a dupla divisão do *conatus*, nem a ideia do *delit manqué* foram admitidas pelo nosso codigo. Para elle todo principio de execução do crime, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente, considera-se tentativa, qualquer que seja o resultado obtido, uma vez que não seja igual ao delicto consummado.

Afigurando-nos a acção criminosa em sua plenitude, como um circulo, podemos dizer que os actos preparatorios são tangentes á peripheria, ao passo que os actos de tentativa são segmentos do crime, nada importando o numero de graus que comprehenda o respectivo arco.

As consequencias praticas, que daqui resultam, não se mostram sempre conformes aos rigorosos principios da justiça.

Com effeito: — se o legislador criminal brasileiro quiz realmente que o individuo, por exemplo, que atirando contra um seu inimigo com proposito homicida não o attinge em parte alguma do organismo, pois que a bala passa-lhe roçando pela roupa, ou apenas vara-lhe o chapeu; se o legislador, repito, quiz realmente que tal criminoso, *cæteris paribus*, tivesse punição igual á daquelle que, nas mesmas condições, chegasse pelo menos a arrancar uma orelha, ou esphacelar um braço da sua victima,— é ponto ainda hoje questionavel, posto que em geral os julgados dos tribunaes estejam pela affirmativa. (38)

Para dar uma intuição mathematica da coisa, supponhamos que o valor juridico do crime consummado seja = 8. Será pois o minino acto de tentativa = 1, como o seu grau mais elevado = 7, representando os numeros intermedios 2, 3, 4, 5 e 6 as differenciações quantitativas, que se manifestam na parte criminal executada. E' portanto bem difficil de comprehender, como as cifras 1 e 7, ou 2 e 7, ou 2 e 6, ou 3 e 5, etc., etc., podem ter o mesmo valor diante do direito.

Mais tarde, e em lugar que julgo mais adaptado, tratarei de averiguar se effectivamente o codigo encerra, e de um modo irremediavel, semelhante anomalia.

Passarei agora a apreciar os ultimos pontos da theoria do *conatus*.

A. *O dolo é essencial á tentativa.* Só se concebe o *conatus criminis* em relação a um fim determinado, que o agente teve em vista. Em qualquer acção negligenciosa, donde resulta um mal objectivo, existe de certo tambem um alvo e uma intenção para elle dirigida, mas o resultado apparecido não ropousava nessa intenção, nem havia entrado nos calculos do agente. O mesmo resultado é o presupposto ou a condição logica da negligencia.

A consequencia disto é que não ha uma tentativa *culposa*, nem a tentativa de um crime *culposo*. Se conforme o schemma arithmetico, ha pouco estabelecido, o crime

---

(38) Quando apparece alguma divergencia, é só no sentido de qualificarem de tentativa a primeira, e de ferimentos a segunda hypothese!

consummado, que é a realisação da *vontade* do delinquente, é igual a 8, a tentativa, que é representada por um dos numeros inferiores, qualquer que seja o *quantum* de materia criminal realisada, fica sempre aquem, mediata ou immediatamente aquem daquillo *que se quiz*.

Mas na culpa dá-se o contrario. Ou a vontade se dirija a um alvo criminoso, ou a um alvo simplesmente irregular, o *acontecido* vae sempre além do *querido*. A formula do crime não é $a—b$, isto é, o que se quiz, menos alguma coisa, como no caso da tentativa, porém $a \times b$, isto é, o que se quiz, mais alguma coisa.

Já se vê que é inconcebivel a tentativa *culposa*, como não o é menos a tentativa de um crime *culposo*. Nesta ultima hypothese trata-se de um facto, que se houvesse succedido, teria ultrapassado as raias da vontade: por exemplo, um individuo que limpando uma pistola, não vê que está carregada; de repente a arma dispara, e pouco falta que a bala se empregue na cabeça do vizinho. Admittir um *conatus* em semelhante caso seria o mesmo que fazer alguem responsavel por *ter querido o que não tinha querido*; proposição insensata e chocantemente contradictoria.

O *dolo* é pois essencial á tentativa. Mas isto não diz tudo. Porquanto ha diversas especies de *dolo*; todas ellas serão cabiveis? Não de certo. Sómente o *dolus determinatus, alternativus e eventualis* podem caracterisar o *conatus*. Quanto ao *dolo indeterminado*, se por este comprehende-se aquella direcção da vontade, que sem esclarecer-se bem sobre o seu alvo, só em geral e vagamente procura realisar a offensa projectada, não póde servir de base á punição da tentativa a mera possibilidade do resultado mais grave. (39)

Esse *dolus indeterminatus* apparece de preferencia nos ferimentos o offensas physicas. Aqui é licito responsabilisar o agente, não obstante o seu indeterminado *animus lædendi*, pelo resultado, que sobrevém, da aggravação da offensa corporea, como no caso do art. 205 do codigo, porém de um tal resultado não se póde construir a tentativa de um homicidio.

---

(39) Vide commentario ao art. 3.

B. *Applicabilidade do conceito da tentativa a todos os crimes*. Em regra geral a tentativa é applicavel a todos os delitos, até onde a lei e a natureza do crime mesmo não exigem excepções.

As leis costumam distinguir em particular e ameaçar com pena algumas acções, que se apresentam como actos de tentativa. O mais importante caso desta especie é o do art. 68. Estas acções não perdem por isso a sua natureza de facto, e uma tentativa dellas não é admissivel.

Nos delictos omissivos propriamente ditos, que só podem ser perpretados por deixar-se de fazer aquillo que a lei ordena, é bem difficil, quando não impossivel, conceber a tentativa, pois que com a omissão já se tem manifestado a desobediencia, cuja punição se tem em vista, e o querer de um certo effeito da mesma desobediencia ou o apparecimento desse effeito não é parte elementar do facto criminoso.

O mesmo não succede com os delictos commissivos, praticados por omissão, como, entre outros, a morte do recemnascido por não se lhe prestar o necessario soccorro. *O não fazer* constitue nestes casos a offensa de um dever particular de actividade, e póde dar-se no intuito de produzir um certo resultado offensivo do direito. A tentativa do delicto commissivo, omissivamente perpetrado, existe pois, logo que começa a omissão consciente e intencional.

Mas isto não é verdade sómente quando ha da parte do sujeito do crime uma *obligatio ad faciendum*. Todas as vezes que o individuo exime-se de praticar um acto, com o proposito de causar pela sua inacção um phenomeno criminoso, e este realmente se verifica, existe o delicto commissivo por meio de omissão. Se o phenomeno porém não se realisa por circumstancias independentes da vontade do delinquente, a tentativa é ahi tão concebivel, como em qualquer dos outros crimes, onde ella é geralmente admittida.

A ideia do *conatus* não tem cabimento naquelles delictos *(delictos formaes)*, que se completam pela acção do agente mesmo, sem que haja mistér de um resultado particular. E' o caso com a calumnia, a injuria verbal, as

ameaças, em geral, com os crimes que se commettem por meio de externações oraes. (40)

Assim tambem, no que diz respeito ao *complot*, a tentativa é inconcebivel. O codigo estabeleceu quatro figuras criminaes do *complot: — conspiração, rebellião, sedição* e *insurreição*. Ponhamos de parte esta ultima, que deixou de ser um delicto, para constituir um direito, e sobre a qual já não é licito ao criminalista brasileiro fazer gasto de palavras, — as outras tres fórmas não comportam uma phase inicial do *conatus*, pois que, consideradas em si mesmas, ellas não passam de tentativas, que pela propria natureza dos actos projectados, o legislador só podia e devia punir como crimes especiaes.

C. *A tentativa por meios improprios*. A tentativa punivel apresenta-se sempre como principio de execução de um crime determinado. Um principio de execução presuppõe conceitualmente uma acção de tal natureza, que por si só, não apparecendo qualquer factor antagonico, seja capaz de levar á consummação do delicto.

Em outros termos : —a tentativa punivel só existe, quando a respectiva acção é appropriada a produzir realmente aquelle crime, como cuja tentativa ella deve ser considerada. A razão da impossibilidade de produzir um certo crime póde ser dupla. Ou o meio, com que o agente quiz levar a effeito a sua intenção, não era adaptado ao fim querido, ou o objecto, no qual elle pretendeu realizar o acto criminoso, era tal, que tornava impossivel essa realisação. Tratemos por ora sómente do meio.

A questão não é ociosa. Já uma vez eu a discuti, podendo vangloriar-me de ter sido o primeiro, que se lembrou de agita-la entre nós. (41)

E posto que já muito se tenha contribuido para a solução do problema, todavia a controversia ainda existe. As duas theorias, que se formaram sobre o assumpto, — *objectiva* e *subjectiva*,—continúam a debellar-se. A theoria

(40) Na parte especial, quandotratarmos destes e outros crimes, cuja tentabilidade é contestada, entremos em mais largas apreciações.
(41) *Estudos allemães* —pag. —167 e seguintes da 1ª edição.

objectiva, que faz preponderar o momento exterior, reclama em todo caso a aptidude do meio empregado, para que se possa fallar de um começo de execução do crime, ao passo que a subjectiva attende mais para o momento psychologico, julgando irrelevante a consideração dos mesmos meios e instrumentos do delicto.

A theoria subjectiva é inacceitavel, além do mais, porque ella vê-se em fim obrigada a ser inconsequente, como adiante mostrarei. A logica e o direito me parecem estar do lado da theoria objectiva.

A questão do meio proprio ou improprio só se resolve quando se chega a estabelecer, — se com o emprego delle, na hypothese occurrente, a intenção criminosa pode ou não ser realisada. Se esta realisação é possivel, o meio é *proprio* ; no caso contrario, elle é *improprio*.

Já se vê que isto é questão, que sómente póde ser elucidada, apreciando todas as circumstancias que acompanham o facto particular, de que se trata ; donde resulta ser possivel o mesmo meio, em um caso, mostrar-se adaptado, em outro porém inadaptado á execução do delicto.

A distincção, pela primeira vez feita por Mittermaier em 1816 e de então para cá reconhecida como exacta, entre meios *absolutamente* improprios e *relativamente* improprios, não conduz a um resultado diverso. Por quanto, de accordo com essa distincção, consideram-se meios *absolutamente improprios* aquellas acções, das quaes nunca pode sahir, em hypothese nenhuma, o crime delineado, ao passo que se designam como meios *relativamente improprios* aquellas outras acções, que são em si certamente aptas, mas para o caso presente incapazes de produzir o effeito desejado.

A inaptitude do meio é ahi exclusivamente apreciada com relação ao facto questionado. Se além disto, alguma cousa se examina, é somente a questão de saber, se em outros casos a impropriedade continúa, ou deixa de existir. Mas é claro que o resultado desse exame não tem a minima influencia modificadora sobre o que ficou estabelecido, quanto á impropriedade para o caso dado.

Um meio improprio, em relação a um facto determinado, póde ser proprio em relação a outros: mas nada importa. No caso de que se trata, falta sempre o principio de execução; a tentativa é impossivel. Uma exigua dóse de veneno, propinada a um adulto, e como tal julgada insufficiente para attingir o alvo final do intuito criminoso, não se presta á construcção de uma tentativa, só porque, se fosse ministrada a uma creança, teria produzido todo o seu effeito.

Da mesma fórma: — um tiro dado com uma espingarda commum na direcção de alguem que se acha a um kilometro de distancia, não póde construir tentativa de homicidio, nem mesmo de ferimentos, sómente pela consideração de que, se a pesssoa estivesse mais perto, ou se por ventura a arma fôsse um *chassepot*, provavelmente essa pessoa teria sido attingida.

E' claro por conseguinte que, quaesquer que sejam os meios applicados, — sem distinguir, se absoluta ou relativamente improprios, — desde que elles na occasião eram incapazes de causar o mal, que se pretendia, a tentativa desapparece. (42)

Eu disse que a theoria subjectiva vê-se em fim obrigada a ser inconsequente. Não ha duvida sobre isto. Em geral os mais decididos subjectivistas acabam sempre por fazer concessões á doutrina contraria, que são outros tantos desmentidos a propria theoria.

Assim, por exemplo, Schwarze, que combate a pé firme a influencia da impropriedade dos meios, não duvida admittir a impunidade da tentativa, quando esta consiste

(42) Confesso que já houve tempo, em que parecia-me acceitavel a distincção dos meios absolutos e relativos; hoje porém estou convencido que ella não tem nenhuma importancia. Bem entendido: no que toca á impossibilidade da tentativa, pois que ambos os meios, absoluta e relativamente improprios, produzem o meio effeito juridico. Não assim porém pelo lado processual. Tratando-se de uma tentativa absolutamente impossivel, de um envenenamento, por exemplo, emprehendido por meio de uma dóse de *gomma*, o juiz formador da culpa tem competencia para julgar logo dessa impropriedade absoluta, despronunciando o accusado. Mas o mesmo não póde dar-se com os meios improprios relativos. Aqui a questão é toda de facto, e como tal deve ser exclusivamente decidida pelos respectivos juizes.

em acções, a que se attribue por *superstição* um effeito sobrenatural, allegando que em tal hypothese a acção é ineficaz, no estado mesmo em que ella se representa ao espirito do agente e repousa na sua intenção ; que sómente ahi póde-se fallar de um *dolus facto contrarius*, ou de um *factum dolo contrarium*.

Não descubro a linha differencial, que o illustre criminalista allemão julgou assim ter traçado entre essas e as outras acções improprias. A disposição psychologica, a attitude moral do individuo, que por erro, *exempli gratia* ministra assucar, em vez de arsenico, é identica, perfeitamente identica á daquelle que por superstição fornece á outrem uma substancia inoffensiva, crendo ser uma substancia mortifera. (43)

Se alli o agente só tem ideia do veneno, que vae produzir o effeito por elle desejado, o mesmo succede aqui, onde o supersticioso só cogita da maleficencia da substancia empregada, ainda que esta seja innocente, como um copo de leite, ou um calix de vinho, mas leite ou vinho *benzido* por um feiticeiro e transformado de repente, segundo a crença do simplorio, no mais terrivel dos toxicos.

Dir-se-ha que aqui se trata de um caso de *ignorancia* alli porém de um caso de *erro*. Sim, senhor ; mas que importa ? Por ventura a *ignorancia* goza, perante o direito, de algum privilegio, que ao *erro* não é concedido ? Ninguem o conhece. Já se vê que neste ponto é innegavel o illogismo da theoria subjectiva.

Esta questão da impropriedade dos meios em materia de tentativa abriu caminho a outra hypothese, que não só tem preoccupado os criminalistas, como tambem achado em mais de um codigo a sua consagração legal. E' a hypothese do *crime preparado por meios proprios, mas tentado por improprios*.

Segundo o testemunho de Pessina, a questão foi resolvida na Italia pelo codigo sardo de 1859, art. 536, que considerou o facto como um crime *sui generis*, no caso de

---

(43) Se o *error facti*, pelo qual emprega-se *arsenico por assucar*, tem força de extinguir a criminalidade. — por que razão o *error facti* pelo qual emprega-se *assucar por arsenico*, não seria capaz de arredar a ideia da tentativa ?

tentativa de homicidio. Mas o decreto de 17 de fevereiro de 1861 aboliu esse artigo para as provincias meridionaes. (44)

Entretanto, haveria erro em suppor que semelhante doutrina recebeu então pela primeira vez a consagração da lei. Já o codigo de Thueringen (1850) art 23, n. 4, — tinha sujeitado o mesmo facto á disciplina juridica, não o punindo de certo como um delicto *sui generis*, mas como uma das formas do *conatus;* praticando porém a incongruencia, de que eu disse resentir-se a theoria subjectiva, de exceptuar em qualquer hypothese os crimes tentados por *meios supersticiosos;* ponto este em que elle associou-se ao codigo do Hannover (1840), art. 34, ao de Hessen (1842), art. 67, e ao de Nassau (1849), art. 63, todos os quaes encerram disposição identica.

Mas isto não altéra o meu modo de vêr. Quer como lei, quer como julgado, quer como doutrina, a ideia de uma tentativa, nas condições presuppostas pelo mencionado codigo, é de todo inacceitavel. E nem mesmo como um *crime especial* póde ser considerado o facto em questão.

A tal respeito disse bem Pessina que a regra geral é a impunidade dos actos preparatorios; e não ha razão alguma que possa justificar a excepção, quando os meios sufficientes foram sómente preparados.... O impedimento fortuito, que torna punivel o *conatus*, deve dar-se entre a execução começada e a *consummatio delicti*, mas nunca preceder a execução mesma. (45)

---

(44) *Elementi di diritto penale* — I — pag. — 254 e 255.

(45) *Elementi* etc. — pag. — 225 e 256. A' esta sabia opinião de Pessina oppõe-se de certo modo a opinião de Carrara, que vale a pena aqui referir e confrontar. O professor de Pisa, acreditando na força magica das palavras *equivocidade e univocidade;* com que pretendeu resolver diversas questões da tentativa, chegou a querer justificar um arresto, pelo qual fôra condemnado um pae, que tentou mat r seu filho, servindo-se de uma arma descarregada, que entretanto elle havia anteriormente preparado para executar essa morte mesma.

Eis o que diz o celebre discipulo de Carmignani: — «A tentativa punivel não consistia no facto de apertar o gatilho de uma arma absolutamente incapaz de offender; — ella consistia no facto precedente de *tê-la carregado!...*» — Mais isto é serio? O facto de haver carregado uma arma — constituindo tentativa punivel! ?.. O professor Carrara, apreciado bem de perto, produz as vezes a impressão de uma especie de archimimo do direito criminal.

Sobrevem-me aqui uma ponderação, que me parece importante. O codigo penal da Allemanha *(Reichsstrafgesetzbuch)*, de 1871, que absorveu e assimilou, por assim dizer, no que tinham de melhor, os codigos particulares dos diversos Estados allemães, deixou inteiramente despercebida a questão que nos occupa.

Tratando da tentativa, (art. 43), elle limitou-se a determinar o seu conceito, de accordo com os principios correntes, que são os mesmos até aqui expostos; mas nada estabeleceu sobre o ponto questionado. Por que razão? Será crivel que os legisladores e juristas, autores desse codigo, um dos mais perfeitos, até por ser um dos mais modernos, tivessem achado a coisa tão simples, tão evidente por si mesma, que se julgaram dispensados de dar-lhe o cunho legal?

Certamente, não. O silencio que guardaram sobre o assumpto, só revela que para elles não havia controversia. Os termos, em que o referido artigo explana a ideia da tentativa, excluem qualquer possibilidade de ser ella punida, como *tal*, ou como *qual*, ainda não se verificando, pela impropriedade dos meios, um principio de execução do crime.

Este principio de execução, que o nosso codigo tambem exige como parte elementar do *conatus*, torna igualmente impossivel entre nós a tentativa por meios improprios.

D. *A tentativa em objecto improprio*. As razões, que vigoram a respeito dos meios, são as mesmas a vigorar a respeito do objecto do delicto. A theoria subjectiva não

---

Porém vejamos as razões, que são soberbas: — Este acto (o de *ter carregado*), posto que proprio para o fim proposto, teria sido puramente preparatorio, *por que é equivoco*... » Este *por que* é estupendamente bestial; poder-se-hia dizer con igual razão que é *equivoco*, por que é *preparatorio*: e nada se resolvia com isto. Adiante: — « o acto seguinte, bem que improprio para esse fim, deu ao primeiro a *univocidade* (milagrosa *univocidade!*) e tornou-o punivel como tentativa (*Programme* — pag. — 192 — nota)... »

O leitor está vendo: — é uma serie de paralogismos e contradicções, que entretanto ficam escondidos na sombra do *equivoco* e do *univoco* — termos adrede forjados para deslumbrar e embair.

leva a sua incoherencia a ponto de admittir aqui o que alli rejeita: Ella sustenta pois que a disposição do objeto nada influe sobre a tentativa; mas os seus argumentos ainda se mostram, se é possivel, mais fracos e desarrazoados.

Dest'arte Schwarze, o campeão dos subjectivistas, insiste com tanto empenho na defesa da sua doutrina, que vae mesmo além dos limites do erro, chega até ao desatino.

Assim diz elle:—«Segundo a theoria objectiva, aquelle que, na sombra da noite, atira n'uma arvore, pensando atirar n'um homem, passa impune; mas aquelle, cujo tiro não acerta o alvo, em consequencia de um mau manejo da arma, ou mesmo de um movimento casual do individuo, contra quem era dirigido, é punido como tentador....»

Estamos de accordo. Mas onde está a contradicção, que Schwarze crê descobrir neste facto? A ser assim, poderia até exigir dos adversarios que não admittissem tentativa em caso algum, pois que em ultima analyse qualquer principio de execução de um crime, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do agente, deixou de tê-lo em virtude de uma ou outra inaptitude momentanea e casual, quer no objecto, quer nos meios do delicto. Mas a isto ninguem ainda chegou.

Outro desproposito. — « Se o agente crê, diz o nosso autor, praticar um acto criminoso, mas a sua fé repousa sobre uma falsa vista juridica, não existe acção punivel. Trata-se ahi de um *erro de direito*; por exemplo: — A concumbe com B, sua parenta em grau tal, que exclue o *incesto* (onde este por si só constitue crime), porém A tem o contrario por uma determinação legal. Já não é assim entretanto no caso de A concumbir com B e considera-la erroneamente mulher de C — ; aqui existe tentativa de adulterio.... »

Não, senhor; mil vezes não. Tentativa de adulterio..... como? Tentativa de adulterio..... por que? Tanto valera dizer que A dando um beijo no retrato de B, pratica uma injuria, pela qual póde ser criminalmente accusado por C. São dislates do mesmo genero.

Fique por tanto assentado que a impropriedade do

objecto, não menos que a dos meios, impossibilita o *conatus*. Assim não ha tentativa de furto, se alguem penetra em um celleiro, para furtar milho ou feijão, ao passo que o celleiro está vazio. Não ha tentativa de furto, se alguem subtrae uma coisa, que não sabe já pertenecer-lhe por herença. Não ha tentativa de furto, se alguem leva comsigo uma *res nullius*, que julga ser alheia. Não é possivel uma tentativa de *aborto*, onde não ha gravidez. Não ha tentativa de homicidio, desfechando-se um tiro para dentro de uma alcova deserta. Não ha tentativa de bigamia, se o pretendido bigamo considerou falsamente como legitimo casamento a primeira alliança, contra a qual a offensa foi dirigida.

O crime inexequivel, ou pelo objecto, ou pelos meios, póde justificar medidas policiaes. Mas desde que o legislador exige um principio de execução, elle exprime com esta exigencia a impunidade dos crimes irrealisaveis. Qualquer principio de execução é uma parte delle; desde que não é possivel a execução do todo, impossivel tambem é a execução da parte.

Um velho criminalista italiano, Albertus Gandinus, que floresceu no seculo 15, apreciando a posição juridica do criminoso, estabeleceu as quatro seguintes figuras: 1.ª *qui cogitat et agit et perficit*; 2.ª *qui cogitat nec agit nec perficit*; 3.ª *qui cogitat et agit, sed non perficit*; 4.ª *qui agit et perficit, sed non cogitat.*

Isto é um prodigio de simplificação e de clareza. A primeira figura é o *crime consummado*; a segunda, a *acção interior*, que só pertence ao fôro da consciencia; a terceira é a *tentativa*; a quarta finalmente o *crime culposo*, o crime sem dolo.

Ora, a este *crime sem dolo* oppõe-se, como antithese, o conceito do *dolo sem crime*, que fórma a segunda figura. Quando se diz que a *acção interior* só pertence ao fôro da consciencia, não se quer com isso significar que ella deixe de poder manifestar-se de qualquer modo. E' uma revelação de malvadeza, que á moral e á religião incumbe aquilatar, com a qual porém o direito propriamente nada tem que vêr.

O individuo, por exemplo, que dá uma punhalada

n'um cadaver, pensando ser esta ou aquella pessoa viva, não faz mais do que tornar patente a sua cogitação criminosa. Mas.... *cogitationis pœnam nemo patitur*. E tal é o verdadeiro sentido deste velho apophthegma juridico, visto como seria uma tolice por excesso de verdade dizer que o pensamento, emquanto guardado no intimo, não póde ser punido. Já se vê que só se trata da cogitação revelada, uma vez que essa revelação não contenha, em grau nenhum, offensa a quem quer que seja.

O individuo da nossa hypothese está de perfeito accordo com a figura: *qui cogitat nec agit nec perficit.* Cravar o punhal no peito de um cadaver, suppondo craval-o no peito de um homem que dorme, não é *agir* homicidamente; é apenas manifestar, por um acto exterior, um intuito de homicidio, sem que porém esse *acto exterior* seja ligado a qualquer *principio de execução.*

E. *A desistencia voluntaria e livre da tentativa e o arredamento do resultado complementar do crime pela propria actividade do criminoso.* Estas palavras envolvem uma questão importante: a de saber, se o não proseguimento no crime começado, se o recuar da tentativa determina a sua impunidade.

Os glossadores e juristas italianos sustentaram essa impunidade, no caso da livre desistencia *(qui noluit perficere)*. Na doutrina e legislação do seculo passado e do começo do presente seculo, o recuar da tentativa foi tratado sómente como circumstancia attenuante, até que a theoria moderna, em geral, considerou-o de novo como rasão dirimente da penalidade.

Sobre qual seja o motivo deste favor concedido ao abandono da continução do *conatus*, os penalistas não estão de accordo. Uns querem que elle seja de perfeito caracter juridico, ao passo que outros o julgam de natureza politica, e ainda outros, de natureza puramente equitativa.

Dest'arte diz Schütze: «Se o direito penal positivo, depois de muitas vacillações, estabelece em fim o

principio de que a livre desistencia da prosecução do delicto começado, *respective*, o livre obstar do effeito, depois de encerrada a acção criminosa, que visava produzi-lo, deve tornar impune a tentativa já realisada, isto não tem fundamento juridico, nem mesmo o fundamento politico – penal, que costumam allegar, mas repousa unicamente sobre a equidade, a qual, em lugar do recurso extraordinario de *graça*, admitte um motivo ordinario de arredar a applicação da pena.» (35)

Não concordo com a opinião de Schütze, como tambem não acceito o fundamento politico - criminal, em que se pretende firmar a impunidade da desistencia da tentativa.

Posto que me pareça plausivel a doutrina de Julio Froebel, para quem não existe uma ordem politica distincta da ordem juridica, mas ao contrario o direito deve ser subordinado aos alvos da politica mesma (36), todavia, pelo menos emquanto essa theoria não se impuzer aos espiritos como unica verdadeira, quero crêr que poder-se-ha fallar de razões politico-criminaes, explicando leis e doutrinas, que não se deixam explicar por motivos estrictamente juridicos.

Mas essas razões não têm cabimento no caso em questão, que ainda menos admitte a base da equidade. O fundamento juridico é mais que muito sufficiente. A impunidade do *conatus* retrotrahido é logicamente deductivel dos proprios termos, nos quaes em geral a legislação e a doutrina dão a formula do seu conceito. Para chegar a esse resultado não ha mistér de uma nova *glossa*, que tire do texto da lei o que elle não encerra.

Schütze ainda se engana, quando em nota ás palavras citadas, depois de referir que já a maioria dos praticos italianos não admittia a punição da tentativa abandonada, menciona o *Strafgesetzbuch* da Prussia, ao lado do *Code penal*, como um dos codigos modernos, que querem vê-la punida.

Isto é inexacto. O codigo prussiano, art. 31, contém uma disposição analoga á do nosso, e delle se deduz tão

---

(35) *Lehrbuch*—pag. 140 e 141.

(36) *Gesichtspunkte und Aufgaben der Politik*—pag. 344.

naturalmente, como deste ultimo, a ideia da tentativa, que se torna impunivel pela desistencia.

O *Code penal* mesmo não repelle esta doutrina. As palavras... «si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par circonstances indépendantes de la volonté de son auteur» dão claramente a entender que, verificando-se essas duas hypotheses, mediante a vontade do agente, a tentativa deixa de existir.

Assim não foi a propria disposição do *Code*, mas a jurisprudencia e os commentadores francezes que excluiram a ideia do retrocedimento do *conatus*.

O codigo brasileiro, que teve o *Code* por principal modêlo, admittiu a mesma doutrina, posto que, como antes já fiz notar, não differenciasse as duas formas especiaes da tentativa, a da *suspensão* da actividade criminosa e a da *inefficacia* do crime começado, mas reunisse ambas na synthese da expressão *que não teve effeito*, addicionando-lhe então o momento caracterisco das *circumstancias independentes*, etc.

Ora, se o que assignala o *conatus* como tal, é o começo de execução de um crime, que não poude ser consummado, mau grado do criminoso, é indubitavel que, se interpondo como obstaculo da continuação e conclusão do mesmo crime a propria vontade do delinquente, a tentativa desapparece.

O que em geral difficulta a comprehensão deste modo de vêr, é o erro em que muitos laboram, concebendo a tentativa, não como um todo complexo, que abrange em si uma serie de actos possiveis para a consummação de um delicto, que todavia não se consumma, porém como alguma coisa de concreto e limitado, que se esgota logo com o primeiro acto frustrado.

E' um erro altamente condemnavel. O *principio de execução* necessario á construcção legal da tentativa, póde dar-se por meio de um acto, ou de muitos actos; por meio de um quando, praticado este, interpõe-se logo a causa estranha e antagonica, que prohibe levar avante o delicto projectado; por meio de muitos, quando e em quanto essa causa não apparece; pois que o ambito da tentativa se estende até ao ponto, em que começa a impossibilidade

da parte do delinquente de ajustar o *facto* com a *vontade*, de igualar o *acontecido* ao *querido*.

Todas as vezes, por conseguinte, que essa impossibilidade ainda não tem começado, e todavia o delinquente exime-se de proseguir, o *conatus* está desfigurado; pode haver outro crime, nunca porém o de tentativa.

Para chegar a este resultado, não é preciso que a lei expressamente o declare. Uma declaração especial sobre tal ponto não faz mais do que substituir o conhecimento mediato, adquerido por meio da logica, pelo conhecimento immediato da simples leitura da mesma lei.

E' a differença que existe entre o nosso codigo, o *Code penal* (art. 2), o codigo da Prussia (art. 31), o de Lübeck (art. 29), o da Baviéra (art. 47), o de Thüringen (art. 23 ns. 1 e 2), e o *Strafgesetzbuch* do imperio allemão, no qual se acham positivamente estabelecidos (art. 46) os dois casos da livre desistencia da tentativa e do afastamento do resultado complementar do crime pela propria actividade do criminoso.

Vale a pena repetir o texto desse artigo. Elle diz: « A tentativa como tal fica impune, se o agente: 1°, abandonou a execução da acção intentada, sem que fosse obstado em tal execução por circumstancias independentes da sua vontade; ou 2°, se a um tempo em que a acção ainda não tinha sido descoberta, elle arredou de motu proprio o effeito preciso para completar o crime ou delicto. »

A disposição do art. 43, que determina o conceito da tentativa, é a seguinte: — «Aquelle que affirmou a deliberação de praticar um crime ou delicto por meio de acções, que encerram um principio de execução deste mesmo crime ou delicto, se elle não chegou a consummar-se, é punivel por cauza da tentativa.»

Aqui ha alguma cousa a apreciar. O que sobretudo dá nas vistas é o facto de não ter o *Strafgesetzbuch* allemão incluido na idéa do *conatus*, como fizeram todos os outros codigos a *interrupção* da actividade criminosa por circumstancias alheias á vontade do agente.

Isto seria um defeito, semelhante ao que notei na definição de Carrara, se o art. 47 não viesse supprir a

falta. O legislador tedesco não julgou dispensavel o momento da *interrupção*, limitou-se apenas a dar-lhe uma outra posição juridica.

Assim, conforme os outros codigos, para que se falle de tentativa, é mister que a acção criminosa não chegue ao seu termo por circumstancias superiores á vontade do réo; conseguintemente e *a contrario sensu*, se o effeito não se deu pelo proprio querer do delinquente, deixa de haver tentativa.

De accordo porém com o *Reichsstrafgesetzbuch*, para que não haja tentativa punivel é precizo que o agente desista da execução intentada, sem ser obstado nessa mesma execução por circumstancias independentes da sua vontade; por conseguinte e *a contrario sensu* tambem, se a desistencia se opéra em virtude de taes circumstancias, permanece a tentativa. Não soffre pois duvida alguma que são duas expressões da mesma ideia, duas formulas do mesmo principio.

Os commentadores do codigo penal da Allemanha, quando tratam do art. 46, costumam fazer uma distincção essencial entre as hypotheses ahi figuradas, isto é, entre o caso da desistencia propriamente dicta (*Ruecktritt*) e o caso do arrependimento (*Thaetige Reue*). O primeiro presuppõe a chamada tentativa imperfeita (*conatus imperfectus,*) na qual é possivel o retrocedimento voluntario da actividade criminosa iniciada; o segundo porém se refere á tentativa perfeita, á tentativa acabada (*conatus perfectus, conatus proximus*), onde o retroceder é inconcebivel, pois que em tal caso, quer o deliquente tenha esgotado tudo que na sua opinião era necessario para consummar o delicto, segundo a doutrina consagrada pelo codigo de Sachsen, quer tudo mesmo que *in abstracto* exige a propria natureza de crime, segundo os codigos de Thüringen e Brunswick, a verdade é que não ha possibilidade de uma suppressão do *acontecido* pela desistencia voluntaria do agente. *Quod factum est, infectum fueri nequit*.

Mas não vejo motivo para essa distincção. A questão é mais pratica do que theorica. Desde que, ou se trate do simples recuar da execução intentada, ou do

arredamento do effeito final do delicto, incompletamente executado, a impunidade é a mesma, não vejo interesse algum em buscar com tanto empenho extremar um caso do outro.

O que porém aqui mais nos importa, é indagar e saber, se o disposto no art. 46 do codigo penal da Allemanha, que como lei nos é inteiramente estranho, póde entretanto valer como doutrina scientifica, que deva ser admittida nos paizes de menor cultura juridica, onde a questão agora é que começa a ser agitada.

A sciencia do direito criminal não está sujeita, como as respectivas leis, ao principio da *territorialidade*. A sciencia, qualquer que ella seja, tem um carater universal e humano.

Se depois de longo desenvolvimento, uma das mais serias questões da theoria do *conatus* teve emfim solução legal no codigo do povo mais culto da actualidade, seria uma exquisitice ridicula, um desproposito inqualificavel, rejeitar a bôa doutrina sob pretexto de ser bebida em uma lei estrangeira.

Por toda a parte, na esphera do direito, a lei é a doutrina *assentada*, como a doutrina é a lei *que se vai assentando*; a lei é a doutrina *fixa*, como a doutrina é a *lei*, por assim dizer, em estado de *fluidez*. Não ha pois razão plausivel para não acceitar de uma, o que aliás se recebe da outra. Os criminalistas theoreticos não são mais dignos de respeito do que os legisladores.

E' certo que a impunidade da tentativa, nos mesmos casos indicados pelo codigo allemão, resalta logicamente da letra do nosso codigo; mas ahi o mais importante não é a rigorosa exatidão da consequencia; o melhor está em que essa deducção logica tem a vantagem pratica de pôr o mesmo codigo em harmonia com *Reichsstrafgesetzbuch*, que é uma das mais completas codificações penaes dos novos tempos.

O codigo brasileiro, bem como o allemão, não admitte graus da tentativa; mas a analyse scientifica póde distinguir tres momentos diversos da actividade criminosa, como tal designada. O primeiro é o da tentativa *simples*, por exemplo: A desfecha contra B um tiro, que apenas

queima-lhe a roupa. O segundo é o da tentativa *qualificada*: — B recebeu um ferimento, que póde ser mais ou menos grave, comtanto que não seja mortal. O terceiro emfim é o da tentativa *perfeita*: — B ficou mortalmente ferido; sendo abandonado ao *causalismo* da natureza, só difficil e excepcionalmente escapará da morte.

Em todos estes momentos é possivel o recuar do agente com o effeito juridico da impunidade. No primeiro e no segundo caso, tentativa *simples e qualificada*, se A porventura, tendo ainda B ao alcance do seu revolver, e podendo corrigir com outra bala o erro da primeira, todavia deixa de proseguir, por um livre movimento do seu espirito, o *conatus* está nullificado. Ha sómente a differença de que, na hypothese do ferimento, não é de certo punida a tentativa de homicidio, mas pune-se a offensa physica realisada.

No terceiro caso porém, no qual a attitute do criminoso deve ser, não simplesmente negativa, limitando-se a abandonar a execução começada, mas positiva, no sentido de impedir que se verifique o resultado final indispensavel para a consummação e qualificação do delicto, a tentativa tambem fica neutralisada, e resta sómente o crime de ferimentos graves, se realmente a morte não sobreveio.

Mas é preciso que essa attitude positiva do delinquente seja tomada a tempo, em que a acção criminosa ainda não tenha sido descoberta. Ao contrario não poder-se-ha fallar de um livre arrependimento.

Aqui apresenta-se a questão dos *motivos*. Alguns criminalistas são de parecer que o motivo da abstenção do criminoso, em qualquer dos momentos da tentativa, não tem influencia sobre ella. Mas eu discordo deste modo de vêr; e noto mesmo uma certa contradicção naquelles que, assim opinando, não deixam todavia de apoiar, como perfeitamente justa e conforme com a melhor doutrina, a exigencia do codigo allemão de que o arrependimento se dê, antes do crime ser descoberto.

A razão de tal exigencia não póde ser outra senão a consideração do motivo. A descoberta do facto criminoso lança naturalmente no espirito do seu autor, a

quem convinha occultal-o, o receio da acção penal. Se na psychologia do crime o medo é sentimento capaz de tirar a liberdade de acção, e como tal extinguir a responsabilidade, não é muito que tambem tenha força para tornar improficua a abstenção determinada por elle.

E' requisito indispensavel que a desistencia e o arrependimento não sejam occasionados por circumstancias externas; por conseguinte, todo e qualquer facto, em que o agente tenha visto um obstaculo á continuação de sua actividade, e por meio do qual se tenha abstido de ir até ao fim, deve excluir a hypothese do livre retrocedimento, ainda quando a ideia do mesmo agente em relação a essa circumstancia seja de todo erronea, ou difficilmente comprehensivel para outros; basta que elle se haja subordinado a um real ou pretendido constrangimento.

Deste modo, se o autor acreditou por erro que as suas forças ou a sua habilidade não eram sufficientes para arredar o obstaculo ou mesmo para concluir a acção projectada, não existe a desistencia voluntaria. O pretenso *não poder* não é equiparavel ao *não querer*.

Em geral os motivos, que não são livres, que não se prendem á autonomia da vontade, são outras tantas *circumstancias externas*, que tiram o valor juridico da abstenção e do arrependimento. Assim o medo, considerado em si mesmo, é um facto interno; mas não ha medo senão de alguma coisa, que está ou se suppõe fóra de nós, a cima do nosso querer.

O epileptico, por exemplo, que tentando praticar um estupro, sente approximar-se o accesso da molestia, e amendrontado abandona a sua empreza, não é a isto levado por um motivo voluntario, mas por uma circumstancia exterior, qual é em relação ao individuo o accommettimento de uma doença, que elle não póde evitar.

Em condições analogas se acha aquelle, que é sorprehendido por um terceiro no acto de delinquir. A interrupção da actividade criminosa não annulla a tentativa. Mas aqui costumam os penalistas fazer uma distincção, que me parece acceitavel; e é que, se o terceiro sorprehendente, por si só, no caso do delinquente insistir, fosse capaz de obstar a realisação do crime, o recuar do agente

não teria merito juridico. Não assim porém na hypothese contraria; de modo que, se um ladrão se abstem de proseguir no furto, collocando immediatamente em seu lugar o objecto alheio, que acabara de substrahir, pela unica razão de ter sido visto por um menino, o retrocedimento é livre e efficaz.

A prova da abstenção voluntaria não se póde sujeitar a regras abstractas. Em muitos casos, será mister da-las a conhecer por meio de uma acção determinada, ao passo que em outros, bastará o simples facto da desistencia mesma. Nos delictos omissivos será precisa, as mais das vezes, uma actividade positiva, que vá de encontro á intenção até ahi manifestada.

O arrependimento propriamente dito (*thaetige Reue* dos allemães) exige sempre um acto positivo, praticado só no intuito de afastar o resultado final, que deixou de ser logo attingido. A actividade de outra pessoa não aproveita ao criminoso. Mas o mesmo não se diz da cooperação de terceiro.

O crime consummado não póde ser abolido; o momento que o completa e caracterisa, uma vez realisado, não póde mais deixar de existir; mas póde dar-se uma neutralisação desse momento, e previnir-se o damno ulterior. E' assim que o ladrão restitue ou substitue a coisa furtada, e o perjuro se retracta do que falsamente depoz. Haverá tambem nestes casos o arrependimento *activo*, de que acabamos de fallar? E' ponto que melhor será elucidado no commentario aos artigos que tratam do furto e do perjurio.

F. *Consummação. Imputação do resultado.* A antithese de crime *tentado* e *consummado* faz surgir naturalmente a questão de saber, até onde é imputavel a consequencia de um acto criminoso. Alguns codigos encerram disposições particulares sobre essa imputação, no que diz respeito ao homicidio, com allusão á theoria, outr'ora

muito debatida, da lethalidade absoluta e relativa das feridas.

Mas o nosso é escasso neste sentido. Além do art. 194, que presuppõe o caso da morte resultante de um ferimento não mortal, por desleixo do proprio offendido, que deste modo interrompe o *nexo de causalidade* entre o criminoso e o resultado de seu crime, e faz descer a medida da pena, em virtude do chamado principio da *compensação da culpa*, além dessa disposição, não existe outra sobre o assumpto.

Entretanto a questão é de algum valor. Esse mesmo escasso artigo do codigo abre caminho á disputa. Realmente, pode-se perguntar: o ferimento, de que ahi se trata, é o ferimento como tal, a *violatio corporis*, o *crimen læsæ sanitatis*, em qualquer das formas estatuidas nos arts. 201 a 205, ou é tambem o ferimento que caracterisa a tentativa *qualificada*? E nesta ultima hypothese, dá-se concurso real de tentativa e crime consummado, ou a culpa do offendido chega até a extinguir o *conatus* e deixar sómente a responsabilidade do effeito sobrevindo?

São questões, que adiante serão devidamente explanadas, bem como tudo o mais que se refere á *imputação do resultado*, sobretudo na parte da *biothanatologia* e *traumatologia criminal*, por ser justamente nos crimes de homicidio e ferimento que taes questões apparecem com mais frequencia.

———

No final do § 2.° o codigo declara impunivel « a tentativa do crime, ao qual não esteja imposta maoir pena que a de dois mezes de prisão simples, ou desterro para fóra da comarca. »

E' uma disposição facilmente justificavel. Limitar a punição da tentativa a acções criminosas de uma certa importancia reponsa sobre o principio—*minima non curat prætor*. Se a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes, um crime que se pune com dois ou menos

mezes de prisão, sómente por isto indica não ter violado um direito de alta monta; e se o crime consummado já é tão pouco importante, como não sêl-o-ha a sua tentativa?

Segundo a opinião de Kræwel, dá-se conta de uma velha ideia juridica allemã, pela qual não é só a intenção manifestada, mas tambem e sobretudo o mau resultado do acto criminoso, que termina a applicação da pena, quando não se pune toda e qualquer tentativa, porém sómente a daquelles crimes, que têm uma certa consequencia malefica.

De accordo com a theoria subjectiva, que attende principal e quasi exclusivamente para o lado interior, para a *alma do delicto*, e como tal quer vêr punida toda especie de *conatus*, indifferente, se em objecto e com meios proprios ou improprios, a disposição do codigo seria censuravel.

Mas o nosso legislador não era subjectivista. Impondo penas ao commettimento do crime, não tomou sómente em consideração a sua face interna, mas tambem e podemos dizer ainda em maior escala, a sua face exterior. Era justo por conseguinte que, onde e a medida que esta diminuisse de significação, decrescesse tambem a penalidade.

Foi o que se deu com a tentativa dos crimes indicados na ultima parte do § 2°. Taes crimes, por si sós, bem pouco significam, desde que tão pequinino e quasi nullo é o reactivo penal, que se lhes applica. A punição da sua tentativa seria pois cahir n'uma feia inconsequencia pratica, por excessivo rigor theoretico. (37)

Além disto, é digno de nota que os delictos especificados no codigo, aos quaes foi imposta pena não maior que a de dois mezes de prizão, ou são de tão exiguo valor objectivo, como, por exemplo, o crime indicado pelo art. 276, que não havia razão de punir o respectivo *conatus*, ou excluem por sua natureza a possibilidade de

---

(37) A questão que aqui se póde suscitar, sobre ser ou não ser punivel a cumplicidade desses crimes, visto como a cumplicidade tem a mesma pena da tentativa, será mais tarde apreciada.

ser tentados, como os factos de que tratam os arts. 282 e 285. (38)

Já se vê que o legislador mostrou-se de uma louvavel coherencia, desprezando como cousa minima a punição dos delictos de tal indole. (39)

---

(38) Aproveito a occasião para prevenir um *malentendu*. Eu disse em uma das paginas anteriores que o codigo esbeleceu quatro figuras criminaes do *complot*,—conspiração, rebellião, sedição e insurreição. Bem póde parecer á primeira vista que a *sociedade secreta* e o *ajuntamento illicito* deviam entrar na mesma categoria; mas é um erro. Em tempo opportuno mostrarei, como á esses crimes faltam completamente os presuppostos juridicos do *complot*. — Devo observar que quanto ao *ajuntamento illicito*, refiro-me á pena imposta pelo codigo, e não á que lhe impoz a lei de 6 de Junho de 1831.

(39) Finda aqui o manuscripto. — N. de S. R.

IV

Fundamento do direito de punir

Ha homens que têm o dom especial de tornar incomprehensiveis as cousas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquella ordem de factos, sabem dar sempre uma feição pela qual o axioma se converte de repente em um enygma do esphinge.

A' esta classe pertencem os metaphysicos do direito, que ainda na hora presente encontram não sei que delicia na discussão de problemas insoluveis, cujo manejo nem se quer tem a vantagem commum a todos os exercicios de *equilibristica*, isto é, a vantagem de aprender-se a cahir com certa graça.

No meio de taes questões sem sahida, parvamente suscitadas, e ainda mais parvamente resolvidas, occupa lugar saliente a celebre questão da *origem e fundamento do direito de punir*.

E' uma especie de *adivinha*, que os mestres crêm-se obrigados a propor aos discipulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorancia, o que aliás não impede que os illustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egypto a respeito dos seus hieroglyphos.

Eu não sou um d'aquelles, é bom notar, não sou um d' aquelles, que julgam fazer acto de adiantada cultura scientifica, eludindo e pondo de parte todas as questões, de caracter masculo e serio, sob o pretexto de serem outras tantas bôlhas de sabão theoreticas, outros tantos quadros de phantasmagoria metaphysica. E' preciso não confundir a impossibilidade de uma solução com a incapacidade de leval-a a effeito. A metaphysica não é, por si só, um motivo sufficiente de menospreço ou de indifferença para com certos assumptos.

O que se costuma chamar um problema metaphysico,

no sentido de imprimir-lhe a nota de questão ociosa e futil, não é muitas vezes senão um problema falso, ou fálsamente enunciado.

Ainda hoje é exacto, o que disse Kant, que a metaphysica é acceitavel, senão como uma sciencia, ao menos como uma disposição natural; e nada existe, portanto, de mais ridiculo do que a fatua pretenção de certos espiritos, que querem abolir, uma vez por todas, essa mesma disposição, inherente á alma humana, como ella até hoje se tem desenvolvido, tanto quanto lhe é inherente a poesia, o sentimento esthetico em geral.

E o ridiculo de tal intuito augmenta de proporções, ao considerar-se que é em nome de Augusto Comte que atacam a metaphysica e relegam-na sem piedade para o paiz dos *sylphos* e *gnomos*. Por quanto é um facto historico, uma noticia commum aos homens competentes, que os maiores golpes recebidos pela metaphysica vieram da mão de Hume, ao qual, quando outras glorias lhe faltassem, bastaria o merito immenso de haver provocado a *critica* de Kant, que foi, por assim dizer, a confirmação em ultima instancia, mas sobre a base de outras e mais fundas razões, do *veredictum* lavrado pelo valente sceptico inglez.

Quando hoje pois se diz, como se ouve dizer a cada momento, e sem reserva ou restricção alguma, que a metaphysica está acabada, isto prova apenas que ha da parte de quem assim o affirma um total desconhecimento da historia da philosophia, onde ha phenomenos periodicos, não raras vezes intervallados por seculos, que apresentam a cada geração um caracter de novidade.

E' o mesmo que se dá com factos do mundo physico. Um cometa, por exemplo, que faz a sua evolução em duzentos ou tresentos annos, não póde deixar de sempre apparecer ao *grosso* da humanidade como uma cousa estupenda, como um *signal* de castigo divino. Assim tambem o *grosso* dos dilettantes se compraz em dar, como successos especiaes dos nossos dias, phenomenos que mais de uma vez já se manifestaram no curso dos tempos e que actualmente não são mais do que uma repetição.

Dest' arte, quem não sabe que hoje é moda desdenhar

da metaphysica como de uma rainha sem throno, uma especie de Isabel de Bourbon, decahida e desacreditada? Mas será isto um facto novo, exclusivamente proprio da nossa epoca? Não de certo.

No prologo da *Kritik der reinen Vernunft*, que é datado de 1781, dizia Kant: *Jetzt bringt es der Modeton des Zeitalters so mit sich, ihr (der Metaphysik) alle Verachtung zu beweisen, und die Matrone klagt, verstossem und verlassem, wie Hecuba: modo maxima rerum, tot generis natisque potens—nunc trahor exul, inops...* (1) Não parece escripto por um nosso contemporaneo, que fizesse o diagnostico do estado actual da philosophia?

Não se julgue entretanto que assim me exprimindo, eu queria quebrar uma lança em favor dos velhos e novos phantastas racionaes, que teimam em fazer-nos a geographia do *absoluto*, com o mesmo grau de segurança, com que por ventura se nos faz à descripção de um paiz da Europa.

A metaphysica tem um dominio seu, tem um dominio proprio, onde ella nada produz de positivo, é verdade, mas d'onde tambem não póde ser expellida; e Kant mesmo já dissera que á razão humana, em uma especie dos seus conhecimentos, coube em partilha o singular destino de ser atormentada por questões, de que ella não póde abrir mão, porque são-lhe impostas pela sua naturesa, mas que tambem não podem ser por ella resolvidas, porque estão á cima da sua capacidade.

E' nessa *especie de conhecimentos*, nesse meio que constitue, por assim dizer, a atmosphera da razão, que a metaphysica se move e ha de sempre mover-se, a despeito de todas as pretenções em contrario.

Julguei precisa esta excursão preliminar, para bem accentuar a minha attitude em relação ao modo de ver que hoje predomina em o nosso acanhado mundo intellectual.

No correr do presemte escripto, eu terei ao certo de

---

(1) «Presentemente o tom da moda consiste em mostrar todo o despreso para com a metaphysica; e a matrona repellida e abandonada se lastima como Hecuba... *modo maxima etc. etc.*»

fallar desdenhosamente da metaphysica, mas de uma tal, que se construe, onde ella não é de maneira alguma admissivel, da metaphysica rhetorica, sem base racional e, o que mais é, feita por homens, em geral, destituidos de cultura philosophica.

O direito criminal é um, d'entre os conhecimentos logicamente organisados, que menos devia tolerar a invasão dos maus effeitos dessa *psychose*, que tanto damno ha causado ao espirito scientifico, porém que, ao envez disto, continua a ser uma das maiores victimas da importuna *mania philosophante*. E' o que passamos a apreciar.

I

O direito de punir é um conceito scientifico, isto é, uma formula, uma especie de notação algebrica, por meio da qual a sciencia designa o facto geral e quasi quotidiano da imposição de penas aos crimino os, aos que perturbam e offendem, por seus actos, a ordem social.

Pôr em duvida, ou perguntar simplesmente, se existe tal direito, importa perguntar, 1,° se ha com effeito crimes ou acções perturbadoras da harmonia publica, e se o homem é realmente capaz de as praticar; 2,° se a sociedade, empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existencia.

A resposta á primeira pergunta é intuitiva : qualquer que seja a causa que os determine, é innegavel que ha na vida social factos anomalos, de todo oppostos ao modo de viver commum, que perturbam a ordem de direito ; e quando fôsse pelo menos dubitavel que taes phenomenos partissem de uma causa livre e capaz de responder por seus actos, como é costume afigurar-se o homem, uma cousa seria certa: é que o individuo, a que se dá o nome de criminoso, quando elle se põe em conflicto com a lei penal, é em todo o caso a condição ou, se quizerem, a occasião de um mal, que importa repellir.

A theoria romantica do crime-doença, que quer fazer

da cadeia um simples appendice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da *pena* o *remedio*, não póde crear raizes no terreno das soluções acceitaveis. Porquanto, admittindo mesmo que o crime seja sempre um phenomeno *psychopathico*, e o criminoso simplesmente um infeliz, substituida a indignação contra o delicto pela compaixão da doença, o poder publico não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer applicação do *salus populi suprema lex esto* e segregar o *doente* do seio da communhão.

O romantismo socialistico não póde chegar ao ponto de contestar ao Estado a faculdade de *policiar*, ao menos no sentido de prevenir que o contagio dos leprosos prejudique a parte sã da sociedade. E ahi se acha contida a resposta á segunda questão ; o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu proprio desenvolvimento.

A theoria que por mero gosto de levantar pontos de interrogação, onde já existem pontos finaes, ainda problematisa esse direito, intuitivo e liquido, é irmã daquella outra que tinha coragem de perguntar com todo o serio, se não era possivel a existencia de uma nação ou de um estado sem territorio proprio; verdadeira extravagancia, que hoje difficilmente occupará a attenção de um espirito desabusado.

Ora, assim como a ideia de um territorio entra na construcção do conceito do Estado, da mesma fórma a ideia do direito de punir é um dos elementos formadores do conceito geral da sociedade ; e assim como não passa de um esteril exercicio de sophystica politica a pretenção de converter em um *status causæ et controversiæ* uma das primeiras condições da existencia de um povo organisado, a condição geographica, a base puramente geometrica de uma area territorial, onde elle tenha assento, ao que se reune o puro facto arithmetico de uma população correspondente, do mesmo modo não passa de uma phrase ôca do sentimentalismo liberal a affirmação, real ou apparentemente sincera, da inadmissibilidade de um direito de punir, capaz de justificar o poder que tem a sociedade de impor penas aos que reagem contra a ordem por ella estabelecida.

A indagação da *origem do direito de punir* é um phenomeno symptomatico, de natureza identica ao da velha pesquiza psychologica da *origem das ideias*. E, cousa singular, estas duas manias tornaram-se epidemicas n'uma mesma epoca, em tempos doentios de illusões e divagações metaphysicas. (2)

Para proval-o, se preciso fosse, bastaria notar, por exemplo, que a epoca dos Broglie e dos Rossi coincide justamente com os dias venturosos, em que Cousin entretinha a sua platéa de dois mil espectadores com a origem e formação das ideias, com o *finito e o infinito e a relação do finito ao infinito*, verdadeira bagatella supinamente ridicula e, mesmo assim, plageada deVico, para quem Deus era *Posse, Nosse et Velle Infinitum*, e o homem *nosse, velle, posse finitum, quod tendit ad infinitum*.

Não admira por conseguinte que se fizesse tanto barulho para defender ou impugnar a chamada *justiça moral* do direito de punir, em uma quadra, na qual os philosophos trabalhavam com unhas e dentes para descobrir a *raiz celeste* do pensamento humano, que entretanto é um filho da terra, como Encelado, e ainda maior que o gigante quando se chama Haeckel ou Darwin.

O direito de punir, como em geral todo o direito, como todo e qualquer phenomeno da ordem physica ou moral, deve ter um principio; mas é um principio historico, isto é, um primeiro momento na serie evolucional do

---

(2) Ainda aqui importa observar que o meu ponto de vista é alguma cousa diverso do da escola positiva, para quem toda a metaphysica é um producto de insensatez; o que alias não obsta que ella tenha creado uma metahistoria e uma metapolitica, tão pouco adaptadas aos factos e tão difficeis de comprehender como a velha sciencia dos noologos e transcendentalistas. E vem aqui tambem a proposito lembrar um facto, que se prende ao presente assumpto.

Ha alguns annos, quando o meu nobre amigo Sylvio Roméro, em uma defesa de these na Faculdade de Direito do Recife, affiirmou que a metaphysica estava morta, e esta asserção produziu no corpo docente espanto igual ao que teria produzido um tiro de revolver que o moço candidato tivesse disparado sobre os doutores, já eu nutria minhas duvidas a respeito da defunta, que o positivismo tinha dado realmente como morta, porem que ainda se sentia palpitar. E tanto assim era, que comecei então a publicar no *Deutscher Kœmpfer* um estudo philosophico, em o unico intuito de mostrar o que havia de exagerado na pretenção da seita positivista, que entretanto já hoje só

sentimento que se transforma em ideia, e do facto que se transforma em direito (3). Porém essa base historica ou antes prehistorica, considerada em si mesma, explica tão pouco o estado actual do instituto da pena, como o embryão explica o homem, como a semente a arvore.

E d'ahi vem que mais de um espirito, não coumprehendendo a possibilidade de grandes effeitos produzidos pela somma de cousas pequeninas, acham inconcebivel uma justiça puniente, que tenha sahido do facto barbaro, brutal da guerra de todos contra todos, da lucta pela existencia em sua primitiva rudeza, do mesmo modo que, por exemplo, o rosto lindo e encantador de uma menina de treze annos, cuja bocca é um antozoario, e que apenas começa a saber olhar e a esconder os pequenos seios tumidos como se sôem encapotar os pomos maturescentes, para as aves não beliscarem, é entretanto o resultado de millenios

---

tem de positivo pouco mais que o nome. O que me pareceu sobremaneira estupendo, foi que se tivesse tomado por uma heresia o que já era de certo modo um atrazo. Sylvio Roméro fallára como positivista; fallára em nome de uma escola intolerante, que não estava mais no caso de nutrir um espirito pensador, e que elle mesmo, annos depois, em sua *Philosophia no Braisl*, reduziu a proporções bem pequeninas, censurando-lhe sobretudo a vizão maniacal de metaphysica por toda a parte. Nem ha duvida que essa escola, por força das suas exagerações, tende a cahir em total descredito. Assim, é sabido que A. Comte condemnava a indagação anatomica que fosse além dos tecidos; logo Virchow e a pathologia cellular são reus de metaphysica; e creio, que entre nós, já houve um pobre de espirito, que tirou tal consequencia, volvendo-se de preferencia contra o celebre pathologo. Tambem é certo que o mesmo Comte repellia, como suspeita de hypotheses visionarias, a astronomia sideral, restringindo a pesquiza scientifica á astronomia solar, ao que somente diz respeito ao nosso systema planetario; logo o padre Secchi, por exemplo, não passou de um metaphysico!... E querem prova mais cabal da intoterancia e desproposito da doutrina positivista, ao menos como ella foi formulada pelo seu chefe, que entretanto vale muito mais que todos os seus discipulos? Respondam os entendidos, bem entendido, os que podem fallar conscientemente.

3) O leitor não se espante de ouvir-me fallar de sentimento transformado. O *Evolucionismo transformistico*, em o mundo psychologico, é tambem uma realidade; e chegado parece o tempo de uma resurreição gloriosa do abbade Condillac, que irá então mostrar-se mais moço do que o mais moço espiritualista moderno.

A theoria da sensasão transformada é verdadeira no sentido de um processo de differenciação que se executa, não ontogenetica mas, philogeneticamente, não no individuo, porem na especie.

sobre millenios de um processo natural, lento e continuo, na differenciação e integração de fórmas, que acabaram por afastar-se de todo da grosseira disposição original da estructura feminina.

Mas esta é a verdade: no circulo da natureza, onde até a belleza é a expressão de uma victoria, nada existe que não seja o producto de um desenvolvimento, ou este se conte por minutos, ou por myriadas de seculos. E tendo-se em vista o immenso espaço de tempo necessario para a explicação de certos phenomenos de transição tão lenta, que se nos affiguram estacionarios e fixos, é evidente que a humanidade, como tudo que lhe pertence a titulo de propriedade, herdada ou adquirida, não passa de uma *parvenue*. Ainda hontem *macaca*, e hoje *fidalga*, que renega os seus avós e vive á cata de pergaminhos para provar a sua nobreza, como filha unigenita dos deuses.

No mesmo caso está a moral, no mesmo caso o direito; ainda hontem força e violencia, ainda hontem simples expressão de *experiencia capitalisada* no processo de eliminação das irregularidades da vida social, e já hoje alguma cousa que se impõe, *sub especie æterni*, ao nosso culto e á nossa veneração.

II

Ou o direito seja, como diz Rudolf von Ihering, o conjuncto das condições de existencia da sociedade, asseguradas por uma co-acção externa, isto é, pelo poder publico (4), ou se defina mais concisamente, segundo Wilhelm Arnold, *uma funcção da vida nacional...* (5), ou seja em fim o que quer que seja, que não se pode conter dentro dos limites de uma definição, o certo é que o direito, da mesma forma que a grammatica, da mesma fórma que a logica, é um *systema* de regras e, como tal, um

---

(4) *Der Zweck im Recht.* S. 499, 1877.
(5) *Cultur und Rechtsleben*, S. 27. 1865,

producto de inducção, um edificio levantado sobre base puramente experimental.

Em face da sciencia moderna o velho racionalismo juridico, que se esforçava por descobrir no direito um elemento aprioristico, anterior e superior a toda experiencia, já é um erro indesculpavel, um testemnnho de pobreza, indigna de compaixão.

Verdade é que, no estado actual da cultura humuna, a ideia do justo, pelo gráo de abstracção a que tem chegado, se nos mostra como uma cousa que sai do fundo do espirito mesmo, se não antes como um presente, que nos vem do céu. Mas ha neste, como em muitos outros pontos attinentes ao progresso da vida racional, uma completa illusão : julgamos um dom divino, um privilegio da nossa intelligencia, aquillo que é apenas um sedimento dos seculos, um resultado do labor dos tempos.

O que disse Haeckel a respeito dos chamados *conhecimentos á priori*, designados na escola pelo nome de *principios, ideias e verdades primeiras*, isto é, que todos elles são baseados na experiencia, como sua unica fonte, que todos elles são conhecimentos *á posteriori*, que pela herança e adaptação chegaram a tomar o caracter de conhecimentos *á priori* (6), é tambem exacto em relação ao direito.

E em relação ao direito, sobretudo. Porquanto, se a respeito de outras noções, reputadas ingenitas, não estamos hoje no caso de remontar a corrente historica e indicar a epoca e o povo, de quem as herdamos ainda em estado de producto experimental, o mesmo não succede com o direito, cuja transfiguração em *principio eterno e absoluto*, como se exprimem os noologos, é de data mui recente.

Assim os romanos, que tiveram em alto grau o senso juridico, os romanos que definiam a jurisprudencia...... « o conhecimento das cousas divinas e humanas » nunca entretanto se elevaram á ideia de um direito racional, independente dos factos. O conceito geral, que elles

(6) *Natuerliche Schoepfungsgeschichele.* Fuenfte Auflage, Seite 29 n. 636.

formavam, era o da somma de uma pluralidade de casos, unificados pela inducção.

Pomponio disse: Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his *quæ plerumque accidunt*, non *quæ præter exspectationem*. Ao que Celso accrescentou: Ex his quæ forte *uno aliquo casu* accidere possunt, jura non constituntur (7). E' justamente a formula de uma operação inductiva, que nada tem que vêr com dados aprioristicos e ideias hypersensiveis.

O que hoje pois a mais de um olhar, pouco affeito á contemplação da realidade, se apresenta como uma concepção inherente á natureza da razão humana, qualquer que seja o estado do seu desenvolvimento, os romanos consideravam um resultado de progresso social. Disto nos dá testemunho, entre outras, a lei 2 do Dig. *de Origine juris* (1, 2), onde Pomponio falla de um.... *juris processum*, no sentido do *devenir*, do *werden* historico da intuição hodierna, como podéra demonstra-lo qualquer jurista dos nossos dias, nos quaes, segundo diz Georg Meyer, professor universitario de Jena, — se existe uma verdade que se lisonjeie de geral acceitação no mundo juristico, é a da *positividade* de todo direito. (8)

Deste modo o elemento metaphysico e especulativo, que alguns philosophos atrazados ainda conservam no dominio das sciencias juridicas, e que tem ares de concepções á *priori*, é um effeito do tempo. O chamado direito natural não é mais do que uma especie de *algebra* do direito positivo: aquelle opéra com ideias, que assemelham-se a letras, a quantidades indeterminadas, e este com factos, que são como numeros certos e definidos.

---

(7) Dig. 1, 3, 3 e 4.

(8) *Das Studium des æffentlichen Rechtes in Deutschland.* 1875. S. 11. Aqui porém releva advertir que do mundo juristico, a que se refere o sabio professor, parece que não faz parte a maioria dos nossos jurisperitos, que continúa a estragar a mocidade com meras nugas, tidas em conta de questões importantes, e a fallar-lhe de direitos primitivos, descendente de Deus, mais velhos que o sol e a lua.

Para esses, a antithese esteril de direito natural e direito positivo permanece no mesmo pé em que se achava, ha um seculo! Elles são, litterariamente, uma nova raça de Bourbons, que nada aprendem e nada esquecem!....

Ha porém sempre uma differença : é que a algebra não se mostra fallivel em suas applicações, ao passo que o direito natural não raras vezes se alimenta de hypotheses e conjecturas, que não se ajustam com a realidade.

O que é verdade do direito em geral, accentua-se com maior peso quanto ao direito de punir, cujo *processus* historico tem sido mais rapido e mais cheio de transformações, trazendo comtudo ainda hoje na face signaes evidentes de sua origem barbara e traços que recordam a sua velha mãe : a necessidade brutal e intransigente.

« Não é um erro affirmar, diz Hermann Post, que primitivamente *pena e sacrificio humano* foram uma e a mesma cousa, e que dest'arte a origem do direito de punir deve ser procurada nesse mesmo sacrificio » (9). E tal é indubitavelmente a ideia que deveu repousar no fundo da pena em sua fórma primitiva, quando é certo que ainda hoje essa ideia acompanha, consciente ou inconscientemente, a execução de qualquer pena.

Não se diz mais, é verdade, quererem-se aplacar, com o castigo infligido ao criminoso, os deuses irritados, ou serenar os manes da victima do crime; mas quasi que se procede de accordo com esta intuição, guardadas apenas as differenças determinadas pela cultura ulterior.

Com effeito, mesmo na hora presente, o que vem a ser em ultima analyse a imposição, por exemplo, da pena de morte a um delinquente, senão uma especie de sacrificio a um novo Moloch, a um *ignoto deo* da justiça, que se pretende vêr *vingada* e satisfeita?

Podem phrases theoreticas encobrir verdadeira feição da cousa, mas no fundo o que resta é o facto incontestavel de que punir é sacrificar, sacrificar, em todo ou em parte, o individuo ao bem da communhão social, sacrificio mais ou menos cruel, conforme o gráo de civilisação deste ou daquelle povo, nesta ou n'aquella época dada, mas sacrificio necessario, que, se por um lado não

---

(9) Der Ursprung des Rechtes, 1876. S. 103.

se accommoda á rigorosa medida juridica, por outro lado tambem não póde ser abolido por effeito de um sentimentalismo pretendido humanitario, que não raras vezes quer ver extinctas por amor da humanidade cousas, sem as quaes a humanidade não poderia talvez existir.

III

De envolta com o sacrificio, que constitue o primeiro momento historico da pena, além da expiação que lhe dá um caracter religioso, já se acha o sentimento da vingança, que os deuses de então têm de commum com os homens e os homens com os deuses. A' medida porém que vae decrescendo o lado religioso da expiação, augmenta o lado social e politico da *vindicta*, que permanece ainda hoje como predicado indispensavel para uma definição da pena.

Como o desenvolvimento da lingua de um povo é muito mais vagaroso que o das suas *instituições*, modificadas sob esta ou aquella influencia, vemos a palavra *pœna*, que é derivada ou apparentada com *pœnitet*, cujo conceito envolve o arrependimento, isto é, um modo de sentir, no qual vae sempre uma certa dóse de religiosidade, vemol-a, sim, já de todo destituida do seu conteúdo primitivo e significando unicamente a vingança publica exercida contra o criminoso: *pœna est noxæ vindictæ*... (50, 16. L. 131.)

E esta ideia da vindicta, que vigorou no direito penal dos romanos, que estendeu-se até a tempos muito posteriores, não foi arredada, como costumam-se afigurar, pelas chamadas theorias do direito de punir; theorias que, como todas do mesmo genero, não fazem mais do que procurar prender ás leis da racionalidade moderna uma velha cousa barbara e absurda, posto que necessaria, qual é a pena, sem que d'ahi resulte a minima alteração na natureza do facto.

E' pouco mais ou menos o mesmo que se dá com outras instituições de antiga data, a realesa, por exemplo, para a qual tambem os theoreticos hodiernos buscam

um meio de explicação, isto é, um modo de *racionalisa-la* e adapta-la ao estado de cultura actual, sem que por isso entretanto ella deixe de ser o que sempre foi: uma anomalia, uma excrescencia do corpo social, que aliás não tem por si a razão da necessidade imperiosa e fatalmente indeclinavel.

Os criminalistas que ainda se julgam obrigados a fazer exposição dos diversos systemas engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento juridico e o fim racional da pena, commettem um erro, quando na frente da serie collocam a vindicta. Porquanto a vindicta não é um systema; não é, como a defesa directa ou indirecta, e as de mais formulas explicativas ideiadas pelas theorias *absolutas*, *relativas e mixtas*, um modo de conceber e julgar, de accordo com esta ou aquella doutrina abstracta, o instituto da pena; a vindicta é a pena mesma, considerada em sua origem de facto, em sua genese historica, desde os primeiros esboços de organisação social, baseada na communhão de sangue e na communhão de paiz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciencia humana, logo depois que o *pithecanthropo* fallou... *et homo factus est*.

A mais alta expressão da vindicta é o talião, que se firma na ideia da conservação do equilibrio physiologico no organismo dos povos, e que devendo ter apparecido bem antes da formação dos estados, nas pequenas *politeias* ou sociedades rudimentares, ainda nos tempos hodiernos, a despeito de todo o progresso cultural, conserva um resto de sua força primitiva na consciencia popular.

E' assim que se vê o filho orphão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvê-la, em occasião opportuna, ao peito do assassino.

E' assim que o homem do povo, a quem a calumnia feriu no mais fundo da sua dignidade, não tem outra ideia senão a de cortar a lingua do seu calumniador.

E' ainda assim que, nos attentados contra a honra feminina, não raras vezes a desaffronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinquente. São factos estes que nada têm de exclusivamente proprios de barbaras éras passadas, pois elles se repetem nos nossos dias.

São factos que traduzem sentimentos naturaes do espirito do povo, o qual nunca se deixa determinar em seus actos por ideias abstractas e estremes de qualquer paixão. Para elle o sentimento da justiça que por si só seria incapaz, mesmo por ser relativamente moderno, de dar origem á instituição da pena, se confunde, a fazer um só, com o sentimento da vingança, que é o momento subjectivo do direito de punir, e que não foi absorvido ou aniquilado pelo poder publico, nem mesmo nos estados modernos, onde existe reconhecido o direito individual da *queixa* ou o direito de promover a accusação criminal por uma offensa recebida, o qual nada mais nem menos importa do que o reconhecimento da justa vindicta do offendido.

E tanto assim é, que actualmente a sciencia juridica occupa-se com a seguinte questão: se deve haver monopolio do Estado em relação á queixa e accusação criminal, ou se é sempre admissivel a acção popular, a accusação subsidiaria do individuo; —questão que tende aliás a ser definitivamente resolvida no sentido affirmativo da primeira hypothese, acabando com esse resto de herança do direito romano, pelo qual o direito criminal ainda conserva em muitos pontos o caracter mixto de *jus publicum* e *jus privatum*; porquanto o pensamento fundamental do systema penal dos romanos era justamente que a communhão vingava os crimes contra ella mesma commettidos; ao contrario, naquelles perpetrados contra o individuo, ella esperava a queixa do offendido e, por este caminho, auxiliava-o a fazer valer o seu direito. (10)

Mas isto mesmo confirma a doutrina de que a vingança pessoal é a base psychologica da pena, que tem perdido pouco a pouco essa feição primitiva, á proporção que, com o nascer e crescer das sociedades em suas diversas fórmas, vão sendo substituidos aos interesses subjectivos do individuo os alvos ideiaes da communhão social.

Aqui entretanto importa observar que as theorias especulativas do direito de punir, além de muitas outras,

(10) Th. Mommsen—*Roemisches Stdatsrecht*—I, 153; II,583.

commettem a falta de procurar o fundamento racional da pena, abstractamente considerada, sem attender ao desenvolvimento historico do seu correlato, isto é, o crime.

Com effeito, o crime, como facto humano, como phenomeno psycho-physico, tem um caracter historico universal, pois elle se encontra em todos os gráus de civilisação e de cultura; mas isto é sómente verdade a respeito de um certo numero de factos, que á semelhança das doenças resultantes da propria disposição organica, poderiam qualificar-se de *crimes constitucionaes*, crimes que se originaram, logo em principio, da propria luta pela existencia, e que são, como taes, inherentes á vida collectiva, ao contacto dos homens em sociedade.

Neste caso estão o homicidio, o furto e poucos outros actos, com que cedo e bem cedo o homem pôz-se em conflicto com uma ordem de direito estabelecida. Não assim porém quanto a delictos, que ulteriormente foram apparecendo, como resultados de novas complicações e necessidades sociaes. A pena imposta a estes crimes não póde sahir da mesma fonte, não tem o mesmo fundamento que a que se impõe áquelles primeiros. Assim, quando este ou aquelle Estado pune, por exemplo, os attentados contra a sua integridade, contra a honra e a dignidade nacional, é claro que existe ahi outro principio determinante da pena, que não o que determina a punição do assassinato, do ferimento, do roubo, etc.

A respeito dos chamados crimes publicos em geral a sociedade é levada, na imposição das penas, por motivos diversos, conscientes ou inconscientes, dos que a dirigem a respeito dos crimes particulares; d'onde é concludente que a celebre questão do direito de punir, suscitada *in abstracto*, sem distinguir e apreciar a natureza dos factos puniveis, que não têm todos o mesmo caracter, nem se deixam medir pela mesma bitóla, já envolve, sob este unico ponto de vista, uma verdadeira insensatez. Porquanto, dado mesmo que se achasse um fundamento racional e philosophico da pena, que incontestavelmente se prestasse a explicar a punição de um grande numero de crimes, outro grande numero ficaria ao certo fóra desse circulo.

A razão que tem a sociedade para punir o homicidio, por exemplo, não é a mesma que lhe serve de norma para decretar penas, *verbi gratia*, contra a rebellião, a sedição, a conspiração e outros iguaes delictos, que põem em perigo a sua vida de direito, que affectam, parcial ou totalmente, as condições de sua existencia, ou vão de encontro a qualquer das leis do seu desenvolvimento.

E neste sentido póde-se então affirmar que, em relação a uma certa especie de crimes, o direito que a sociedade exerce com a sua punição, é justamente o direito de *legitima defesa*.

Por exemplo: os nihilistas na Russia não têm outro intuito (justo ou injusto é questão á parte), senão o de acabar com a vigente ordem de cousas, assestando de preferencia as suas armas contra o chefe da nação, portanto, quando o Estado, tão seriamente ameaçado, se apodera de taes inimigos para julga-los e condemna-los, não tem tambem outro intuito se não o da propria defesa, o da propria conservação. O pretendido elemento ethico da pena, de que tanto fabúlam sobretudo os criminalistas francezes, se ahi apparece, é sómente n'áquella dóse em que elle se fazia sentir, ha alguns annos, ao suppliciarem-se os *homens da communa*, isto é, em dóse nenhuma.

A combinação binaria da *justiça moral* com a *utilidade social*, que se costuma dar como uma solução satisfactoria do problema da penalidade, eu deixo aos metachimicos do direito, que conhecem perfeitamente a natureza d'aquelles dous *saes* e as proporções exactas, em que elles devem ser combinados, a tarefa de explica-la e demonstra-la perante os seus discipulos, dignos de melhores mestres.

Eu não conheço bem nem uma nem outra cousa; razão por que até ignoro, qual é a parte de justiça moral existente por ventura na pena de multa, na pena de dinheiro, que entretanto parece destinada a ser n'um futuro mais ou menos remoto, o subrogado de um grande numero de penas. Não sei como da addição ou multiplicação de duas *incognitas* póde sahir alguma cousa de certo e definido, que resolva a questão suscitada.

O conceito da pena não é um conceito juridico, mas um conceito politico. Este ponto é capital. O defeito das theorias correntes em tal materia consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequencia de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por um certo humanitarismo sentimental, a fim de livrar o malfeitor do castigo merecido, ou pelo menos lh'o tornar mais brando. Como consequencia logica do direito, a pena presuppõe a imputabilidade absoluta, que entretanto nunca existiu, que não existirá jamais. O sentimentalismo volve-se contra este lado fraco da doutrina, combatendo a imputabilidade em todo e qualquer gráu. Para isso lança mão de razões psychiatricas, historicas, pedagogicas, sociaes e estatisticas; e todas estas razões, é força confessar, são de uma perfeita exactidão. Mas isto sómente na hypothese da pena regulada pela medida do direito, o que é de todo inadmissivel, porque é de todo inexequivel.

Quando se viola um direito, o systema juridico perturbado, bem como a pessoa offendida, não tem outro interesse senão que o damno causado seja satisfeito, se possivel, restabelecendo-se o direito, ou substituindo-se-lhe o valor que nelle repousa.

O que vai além desta esphera, nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo. A obrigação forçada de indemnisar, quanto é possivel, o mal produzido, não é uma pena, ao passo que, por outro lado, tambem a pena não tem força para restabelecer o direito violado, como por exemplo a execução de Ryssakow e seus companheiros de tormento não teve por effeito a resurreição de Alexandre II.

O interesse juridico, extreme de moveis que lhe são estranhos, exigiria que, dado um assassinato o assassino fosse conservado vivo e perpetuamente condemnado a trabalhar em beneficio dos parentes do morto, ou da nação prejudicada pelo aniquilamento de uma vida humana, o que entretanto não seria uma pena, mas somente o pagamento de uma divida, e deixar-se-hia bem incluir no direito das obrigações, porém não no direito penal.

Estas ultimas considerações, que tomo de emprestimo a Julio Frœbel, me parecem de uma justeza incontestavel.

Quem procura o fundamento juridico da pena deve tambem procurar, se é que já não encontrou, o fundamento juridico da guerra.

Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o facto de que ella tem sido muitas vezes applicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que ha de mais alheio á vida juridica.

Em resumo, todo o direito penal positivo atravessa regularmente os seguintes estadios: primeiro, domina o principio da *vindicta* privada, a cujo lado tambem se faz valer, conforme o caracter nacional, ou ethnologico, a expiação religiosa; depois, como phase transitoria, apparece a *compositio*, a accomodação d'aquella vingança por meio da multa pecuniaria; e logo após um systema de direito penal publico e privado; finalmente, vem o dominio do direito social de punir, estabelece-se o principio da punição publica.

Uma das maiores e mais fecundas descobertas da sciencia dos nossos dias, diz um escriptor, consiste em ter mostrado que qualquer formação cosmica traz hoje ainda em si todas as phases do seu desenvolvimento, e sobre tudo que existe póde-se estudar, nos traços fundamentaes, a infinita historia do seu *fieri*. Ora, isto que é verdade em relação ao mundo physico, o é tambem em relação ao mundo social.

No direito criminal hodierno, por mais regular que pareça a sua estructura, encontram-se ainda signaes da primitiva rudeza.

Assim, por exemplo, o principio da *vindicta* ainda não desappareceu de todo de nenhum dos actuaes systemas de penalidade positiva. A subordinação dos processos de uma ordem de crimes á queixa do offendido, é um reconhecimento desse principio.

Todo systema de forças vae atrás de um estado de equilibrio; a sociedade é tambem um systema de forças, e o estado de equilibrio que ella procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos

principios humanitarios, porém que devem ser sempre efficazes. Entre estas armas está a pena.

E ao concluir, para ir logo de encontro a qualquer censura, observarei que de proposito deixei de lado a questão do melhoramento e correcção do criminoso por meio da pena, porque isto pertence á questão metaphysica da *finalidade penal*, que é ociosa, além do mais, pela razão bem simples de que a sociedade, como organisação do direito, não partilha com a escola e com a igreja a difficil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral. Aqui termino; o que deixo escripto é bastante para dar a conhecer o meu modo de pensar em tal assumpto. Quanto porém ás lacunas, que encontrar-se-hão em grande numero :

Je sais qu'il est indubitable
Que pour former œuvre parfait,
Il faudrait se donner au diable,
Et c'est ce que je n'ai pas fait.

V

Dos delictos por omissão

I

O codigo criminal brasileiro, estatuindo como crime (art. 2 § 1) «toda acção ou omissão voluntaria, contrarias ás leis penaes» parece ter presupposto duas unicas categorias de factos criminosos, sujeitos ao seu dominio : — a dos delictos *commissivos*, os quaes consistem na pratica de um acto, que a lei tem prohibido, e a dos delictos *omissivos*, consistentes, pelo contrario, em deixar de fazer uma cousa, que a lei tem preceituado. Destas duas ordens de factos é aprimeira que occupa mais largo espaço no terreno dos casos previstos pela legislação penal. As disposições do codigo são em sua maioria disposições prohibitivas. Das tres especies ou classes precipuas de crimes — *publicos, particulares* e *policiaes*, em que elle dividio o conceito geral do delicto, é a classe dos crimes publicos, a que ainda deixa vêr não raras hypotheses de caracter preceptivo ; o que aliás se explica pela natureza do sujeito desses delictos, o qual é, em regra, um orgão da autoridade publica, um empregado ou funccionario, a quem a lei indica de ante-mão certas normas do proceder, que elle não póde impunemente postergar. Nas outras classes, porém, e em relação ao cidadão, unicamente como tal, além dos preceitos legaes dos arts. 188, 260, 295, 303, 304 e 307, julgamos não existirem mais disposições, que correspondam perfeitamente ao verdadeiro conceito do delicto omissivo.

Como se vê, os delictos omissivos se caracterisam pela postergação de um mandamento da lei, cuja omissão é ameaçada com penas. O facto esgota-se e completa-se com a mesma omissão, sem attender-se aos resultados do não cumprimento punido. Estes podem somente ser levados em consideração nas gradações da penalidade. Pelo dolo ou a má fé, é aqui tomada a consciencia, que

tem o agente, de existirem as presupposições, sob as quaes a ordem legal deve ser cumprida. Os motivos de escuza, as razões justificativas do delicto, são neste caso as mesmas, que nos outros crimes. Nada obsta, por exemplo, que o delinquente, por força ou medo irresistiveis, tenha sido constrangido á inacção, a não cumprir o dever prescripto ; como podem ainda outras circumstancias, superiores á vontade do agente, impedil-o de obedecer á norma da lei.

Tudo isto é claro e liquido ; e mal se comprehende que se possa, a tal respeito, suscitar a menor duvida. Mas o assumpto muda de figura. Além dos delictos *commissivos* e *omissivos*, segundo a divisão commum, que acabamos de apreciar, e que é sem contestação, a doutrina scientifica admitte outra ordem de factos puniveis, a saber, a dos delictos *commissivos*, que entreatnto se commettem por meio de *omissão*.

O caso bem diverso, e a questão, que de facto é uma, consiste em elucidar, até que ponto, quando uma acção, segundo o seu conteúdo positivo, é designada pela lei como crime, e comminada com a sancção penal, é possivel darse por um *deixar de fazer* a responsabilidade de qualquer individuo, como autor, co-autor, ou cumplice de tal delicto.

Não é de certo uma questão ociosa. « Um dos mais graves problemas do direito criminal, diz L. von Bar, é sem duvida a indagação de como alguem, em virtude da sua inacção, póde tornar-se causa de um successo positivo e determinado » (1). A par deste, novissimos outros criminalistas allemães têm dado entrada no quadro de seus estudos e pesquizas á questão que nos occupa. Mas a crêr-se no que diz um delles, Oscar Schwarz, todos têm-na discutido no sentido unico de saber, até que gráu alguem póde ser *participante* do crime alheio, por meio de omissão, e sob este ponto de vista, tomado particularmente em linha de conta o caso do *intencional* ou *negligencioso* não impedimento de um crime perpetrado

(1) Die Lehre von Cauzalzusammenhange, pag. 90.

por outrem, ao passo que, a seu vêr, o problema apresenta uma face mais geral, e tem maior significação. (2)

Não sei se o sabio jurista, um dos melhores commentadores do codigo penal do imperio allemão, é inteiramente razoavel neste seu modo de julgar o estado da questão ; nem isso me interessa. Porém sei, e tanto me basta, que ella ainda existe no dominio da sciencia respectiva, para ser debatida e estudada. As soluções de Schwarz mesmo, como de muitos outros, não são decisivas, para não dizer, satisfactorias. Não é, portanto, fóra de proposito discutir entre nós uma materia, que no mundo superior não teve ainda a ultima palavra ; motivo geral, que por outro lado se addiciona a um motivo particular de complicação dada ao assumpto pelas deficiencias do nosso codigo.

Deficiencias do nosso codigo! E' muito arrojo de minha parte ! Esta expressão, por si só, é capaz de arredar o interesse de algumas duzias de leitores. E, todavia, não cedo á necessidade de riscar *deficiencias*, e escrever *excellencias*.

O codigo criminal brasileiro, respeitavel como lei, é acanhado e mesquinho, como producto intellectual. Não basta dizer que elle não satisfaz, é mister reconhecer, que nunca satisfez nem podia satisfazer, ás exigencias da época, bem como da sociedade, para a qual foi legislado.

Com os 49 annos de existencia, que actualmente conta, é singular que essa obra lacunosa e incompleta ainda não tivesse suscitado a ideia da urgencia de uma revisão, e de uma reforma pelas bases. Sem fallar do facto, já em si estranho, de um codigo penal, que não foi feito para um pequeno ducado, ou *cidade livre,* mas para um grande Estado, onde ambientes diversos, climatericos e sociaes, provocam costumes diversos, e a diversidade dos costumes produz necessariamente a diversidade e variedade das perturbações da ordem publica, conter apenas o numero de 313 artigos, um terço dos quaes, pouco mais ou menos, é consagrado á exposição dos principios regulares, quando não é de conteúdo

(2) Commentar zum Strafgesetzbuche, 3 Auf. 1873, p. 45.

meramente doutrinario, ou processual, de maneira que o polymorphismo do crime se reduz a pouco mais de duzentas modalidades ou fórmas distinctas; sem fallar deste facto, que entretanto é de pezo, eu tenho para *meu uso* outras razões e documentos da pobreza do nosso codigo.

Não é aqui o logar de entrar em detalhes sobre este assumpto; aguardarei melhor occasião. Comtudo, não posso vencer o desejo de citar um ou dous exemplos da radical imperfeição da nossa lei penal.

Ainda ha pouco, e ao correr a noticia da ultima tentativa de morte praticada contra o imperador Guilherme, perguntava-me um pobre homem do povo, honrado sapateiro, monarchista e liberal: - Esse tal dr. Nobiling, que quiz matar o seu soberano, em que pena incorreu, segundo as leis do seu paiz? Na pena de morte, disse-lhe eu. E como neste caso a associação das ideias, não sei se por effeito do contraste, ou da analogia, era muitissimo natural, replicou o velho: —se alguem entre nós commettesse um crime igual contra o imperador, que pena teria? A mesma que podera ter, tentando matar, *verbi gratia*, qualquer desses trapentos *retirantes*, mediante alguma paga. Como assim? acodiu o homem,—pois não é certo dizer a constituição que a pessoa do monarcha é *inviolavel e sagrada*, isto é, superior a todas as mais pessoas, e entretanto o codigo, pelo que diz respeito á vida, o pôz ao nivel de qualquer pobre diabo?....

E' duro! O meu interlocutor sahiu espantado.

E realmente a couza é de causar espanto; porem é verdade. Dado que o facto acontecesse, *quod Deus avertat*, se não é que a exegése dos aulicos chegasse a fazer o respectivo deliquente cahir em conflicto com a *lei de* 10 *de Junho de* 1835, seria elle julgado pela bitola commum.

Bem se pode dizer que o legislador, assim procedendo, quiz fazer acto de *democratismo*. Mas isso é inadmissivel, em quem taxou penas especiaes para as calumnias e injurias ao monarcha, em quem estabeleceu a não vulgar bagatela de 12 annos de prizão com trabalho para o ouzado, que tivesse a infeliz lembrança de tentar provar que o imperador, por exemplo, esteja soffrendo de uma ophtalmia incuravel, ou de alguma grave *psychose*.

Hypotheses estas,—para dizêl-o de passagem,—sofrivelmente estupidas, sem base razoavel na ordem normal das possibilidades, e contra as quaes parece que de proposito se apresenta a maravilhosa saude de S. M. I.

Para tornar esse ponto ainda mais frisante, façamos uma supposição: imagine-se, por exemplo, que algum argyrocrata brasileiro, algum Peabody da nossa terra, tivesse um accesso febril de pariotismo, e, como Ricardo III, offerecendo o seu reino por um cavallo, gritasse ao publico por todas as boccas da imprensa: — a metade da minha fortuna, das minhas centenas de milhares de contos, a quem livrar-nos da fatal figura do pantosopho senhor professor de Alcantara !....

Que crime commetteria ? Em face do codigo, nenhum; nem mesmo o de ameaça, pois o facto figurado envolve uma condição, a de encontrar o rato, que ponha o guizo no pescoço do gato, e não existe ameaça condicional. Mas isto é justo ? Felizmente a hypothese não passa de hypothese. Todos os nossos patriotas são pobres; não porque o patriotismo produza a pobreza, mas, ao contrario, porque a pobreza é que gera o patriotismo....

Tambem podera-se allegar, por outro lado, que ao nosso legislador, nos pontos em questão, occorreu a mesma ideia, que ao antigo legislador grego, a respeito do *parricidio* : deixou de mencional-os, por consideral-os impossiveis. Muito bôa escapatoria. Porem em todo o caso, e pelo que me toca, na qualidade de brasileiro, confesso que mais honrar-me-hia de que o legislador me julgasse incapaz de furtar, ou de roubar, do que podera lisongear-me da presumpção de incapacidade para o regicidio.

Não é que me sinta, apresso-me em declaral-o, com vocação para o mister, ou tenha algum interesse que a couza se realize ; porém acho que o facto é possivel e como tal, o legislador não tem desculpa, ou de havel-o considerado de importancia commum, o que é assás dubitavel, ou de havel-o de todo despercebido, o que para mim é o certo.

Ainda outra prova, e esta de maior pezo. O

codigo desconhece o conceito da *concurrencia ideial* e da *concurrencia real* dos delictos, como tambem parece que não entrou nos seus calculos a ideia do delicto *continuado*, do delicto *momentaneo* ou *duradouro*, *transitorio* ou *permanente*. Destas lacunas, ainda mais aggravadas pela ausencia de uma verdadeira doutrina scientifica e uma praxe regular, que as possam supprir, resulta o espectaculo de um sem numero de disparates observados na decisão do governo, que se arvóra em criminalista *ex cathedra*, e nos julgados dos tribunaes, sempre incertos, vacillantes, e tacteando as trevas da sua propria incerteza.

Assim, ha cousa alguma de mais divertido, do que vêr sobre a hypothese do art. 222 do codigo criminal, levantar-se a questão, se sendo virgem a mulher violentada, e menor de 17 annos, deve o réo responder não só pelo crime daquelle, como pelo do art. 219? Só conheço de mais ridiculo o serio imperturbavel, com que o governo responde ao *jurista*, que o consulta, que o planeta attrae o satellite, e que os dedos de cada mão são justamente cinco.

Mas voltemos ao assumpto. A excursão foi demasiado longa, ainda que não de todo improficua. Estabelecido, como deixei, o conceito do delicto *commissivo*, que se commette por omissão, releva saber se de facto, e em que medida, o nosso codigo comporta a realisação desse conceito.

II

O habito gerado pelo contacto dos criminalistas da *tabella*, cuja chimica juridica decompõe o acto criminoso em dois elementos, nem mais, nem menos, de modo que se falla continuamente do *elemento moral*, e do *elemento material* do delicto com o mesmo grau de segurança, com que se pode fallar do *oxygeneo* e *hydrogeneo*, de que se compõe a agua; esse habito, digo, infelizmente radicado nos espiritos, é a primeira, se não a unica, difficuldade a vencer para tornar commum a ideia em discussão.

Com effeito, a quem não occorre logo objectar: onde se acha, em semelhantes crimes, o *elemento material?* O que vale dizer em outros termos: qual é o facto exterior, objectivo, que entra na construcção do conceito do crime? Mas esta arguição é infundada. Porquanto a primeira exigencia conceitual do delicto, não é que elle tenha as duas metades, de que na escola se faz tanta questão, porém outra, um pouco mais ampla. Para que um individuo seja responsavel por um phenomeno violador do direito, é necessario, antes de tudo, que entre uma acção delle e o phenomeno referido exista um nexo causal, isto é, que uma acção desse individuo seja causa mediata ou immediata do mesmo facto. Creio que isto é inquestionavel. Quando e como a acção de um homem deve ser considerada como causa responsavel de um phenomeno dado, já é outro ponto, que influe no valor daquella primeira verdade. Sendo assim, a questão, que nos detem, se reduz aos seguintes termos: é possivel que uma omissão do homem, do mesmo modo que a sua acção seja causal? Póde haver um nexo de *causalidade* entre um acontecimento, offensivo do direito, e uma omissão, ou um *deixar de praticar* da parte do individuo? E mais restrictamente á materia discutida: póde dar-se nexo *causal* entre uma omissão e uma violação das leis penaes? Eis o *punctum saliens*; e a affirmativa é irrecusavel.

Comprehende-se por si mesmo que não se trata aqui de uma pesquisa metaphysica da *causalidade*, e tão pouco de saber, se a vontade humana é realmente uma causa. São cousas estas, que nada interessam ao direito, o qual suppõe como certo, por um lado, que o homem póde ser causa de um phenomeno exterior, e por outro, que podem apparecer phenomenos exteriores, que não são denominados pela vontade humana, e pelos quaes ninguem responde.

Deste modo o que nos importa indagar, é somente, como, e sob que presupposições, uma omissão voluntaria póde causar, por si só, ou co-operativamente, um facto qualquer, com todas as qualidades caracteristicas do crime; e isto quer logo deixar subentendido que a questão não é encarada, sob o ponto de vista do direito civil,

como por ventura se acha resumidamente accentuada pelo *L.* 31 *D. ad leg. Aqu.... culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum.* Encaro unicamente a face criminal.

Alguns criminalistas, Feuerbach na frente, ensinam que a omissão, em regra, não é punivel, mas somente recebe este caracter, quando motivos particulares impoem o dever de obrar; e este só existe, determinado por lei ou por um contracto, ou mesmo por effeito de certas relações, quaes, por exemplo, as relações de parentesco ou de familia, etc. E' facil, porém, comprehender que esta doutrina se resente de uma estreiteza de ambito, que não abrange todos os casos possiveis de omissões criminosas, além de, por um rodeio, cahir, em ultima analyse, na consideração unica dos delictos omissivos propriamente ditos.

Assim, dado um infanticidio por effeito de hemorragia resultante de não atar-se o cordão umbilical, seria criminosa a mãe desalmada, que de proposito tivesse escolhido esse meio de livrar-se do fructo de sua deshonra; não assim, porém, a parteira ou assistente, que entrasse no plano da execução da obra; porque aquella, como mãe, tinha uma obrigação positiva de agir, obrigação que aliás á esta não cumpria. Outro sim : o encarregado de policia, por exemplo, que, podendo, não prendesse um desordeiro publico, um homicida, em flagrante delicto de assassinato, seria culpado de omissão criminosa; porém, ao envez disto, praticaria um acto licito o cidadão, como tal, que tendo o criminoso a seu alcance, deixasse, entretanto, de captural-o por meras considerações de ganho e interesse pessoal. Mais claro ainda: o pae austero e cruel, que emparedasse uma filha para punil-a de um erro, e fingindo-se esquecido, deixasse de mandar ministrar-lhe a alimentação, resultando d'ahi a morte da emparedada, commetteria uma infracção punivel, porém não commettela-hia por ventura a pessoa, estranha á familia, mas conhecedora da cousa, que annuisse em silencio á pratica de tal barbaridade.

Entretanto salta aos olhos o lacunoso e inacceitavel desta maneira de vêr. Ella não escapou á critica de

Luden, que foi o primeiro a denuncial-a como erronea (3). O delicto commissivo não póde consistir somente no não cumprimento de uma *obligatio ad faciendum;* e tão pouco pode uma simples relação contractual tornar-se o fundamento de direito da criminalidade desses actos. O principio capital de Luden é o seguinte: «Como a omissão não se exclue do conceito da acção, póde qualquer phenomeno dessa natureza, que tiver uma direcção activa, constituir delicto, sem attender-se a que exista, ou não, um dever de actividade positiva».

Porém a theoria deste criminalista ainda é acanhada e pouco satisfactoria. Com quanto elle reduzisse com justeza a doutrina dos delictos commissivos por meio de omissão á theoria do *nexo causal,* todavia não poude chegar a conclusões inteiramente admissiveis, ou porque, como diz von Bar, lhe faltasse a base segura de uma verdadeira theoria da causalidade em materia criminal, ou por outro qualquer motivo, que não releva aqui indagar. E dest'arte foi possivel a Glaser envolvel-o tambem na sua critica de todas as opiniões relativas a semelhante assumpto, sem que aliás coubesse ao mesmo Glaser a ultima palavra sobre elle (4). Por quanto este autor, em mais de um ponto, identifica as relações de causalidade com as de condicionalidade; e assim demonstra não achar-se para elle bem determinado o verdadeiro conceito dos delictos em questão. Verdade é que elle estabelece um principio fecundo, cuja applicação póde ser um meio seguro de chegar ao termo desconhecido do problema. Tal me parece esta synthese: «Se busca-se abstrahir, diz elle, o pretendido autor de um crime dado da somma dos factos, que o constituem, e mostra-se que, não obstante, o resultado apparece, que, não obstante, a seriação das causas intermedias permanece a mesma, então é claro que o acto criminoso ou a sua immediata consequencia, não póde ser posta á conta desse individuo». Mas importa reconhecer que tal prova ainda não é sufficiente ; e o mesmo

---

(3) Abhandlungen... II. 232.

(4) Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht. I. 300. 1858.

Glaser confessou que não são raros os casos, em que ella encontra serias difficultades.

Entretanto é fóra de duvida que todos estes achados e opiniões de homens competentes não ficaram perdidos para a sciencia respectiva; e é justamente com o apoio de semelhantes dados, que terei de sondar o intimo da questão proposta, em relação ao nosso direito penal.

O delicto commissivo, omissivamente perpetrado, faz parte do systema de direito criminal brasileiro? Eis o problema, do qual não posso assegurar que alguem entre nós já o tenha resolvido deste ou daquelle modo; mas é certo que ao menos na pratica, onde aliás elle tem uma grande importancia, nunca foi conscientemente agitado. E para tornar evidente, quão pouco os nossos criminalistas se têm preoccupado de tal materia, bastaria lembrar que o dr. Mendes da Cunha, especie de patriarcha dos juristas brasileiros, cujo distincto caracter funccionou como talento distincto, cujo merito real, sotoposto á fama que o illustra, nos traz a ideia de alguma cousa de semelhante ao celebre symbolo da cosmogonia indiana: o mundo inteiro em cima de uma tartaruga, o dr. Mendes da Cunha, digo eu, na sua analyse do codigo criminal, não se julgou obrigado a consagrar aos delictos, de que se trata, mais de tres paginas, e estas mesmas vasias de ideias, revelando pelo modo, por que encarou a questão, não ter della nem se quer um leve presentimento; o que se põe fóra de qualquer objecção, se se attende que o honrado jurisconsulto, de quem diz a legenda, que seria capaz de competir com Triboniano na systematisação do *jus civile*, deixou então passar o melhor ensejo de mostrar-se, qual o julgavam, um romanista de força. Por quanto o assumpto dos crimes por omissão podera bem leval-o a utilisar-se da abundante casuistica, offerecida a tal respeito pelo direito romano, e não fal-o-hia limitar-se, como limitou-se, a um ou dous textos estereis e quasi estranhos á materia, se de facto elle fosse um perfeito conhecedor desse direito.

E' pois facilimo de conceber que, se um jurista da tempera do mencionado não contribuiu, nem com um traço de penna, para suscitar-se e esclarecer-se o ponto,

que ora discuto, nada havia a esperar dos seus epigonos, aos quaes esta questão com todo o seu alcance, eu creio, nunca, se quer, appareceu em sonho.

Isto na esphera simplesmente theoretica. No mundo pratico, porém, se o defeito não é igual, é ainda maior. Eu me recordo de já ter assistido ao julgamento de um processo celebre, no qnal os defensores do accusado, quasi todos tidos em conta de juristas abalisados, allegavam seriamente que a melhor prova da innocencia do reu era que, no momento do facto arguido, elle nada praticára de positivo, mas ao contrario se distinguira pela inacção; e quando se lhes oppunha que nesta mesma inacção, que nesta mesma falta de um acto positivo, que no caso teria servido para obstar o morticinio(tratava-se de tal delicto), consistia o crime questionado, os bons juristas riam-se com emphase, como diante de uma extravagancia. Elles não comprehendiam a solução do problema, senão envolto nesta velha casca: A mandou por B, C, D, E, matar a F? E assim, quando o juiz presidente do tribunal, que dignara-se de ouvir previamente o escriptor destas linhas, juntou ao quesito esperado mais dous inesperados que diziam: Caso não tenha A mandado matar a F, todavia concorreu directamente, por outro qualquer modo, para a pratica do crime, fazendo isto ou deixando de fazer aquillo?... Não tendo assim concorrido, houve comtudo da parte de A um acto de imprudencia, quer positiva, quer negativamente, que foi a causa, ainda que involuntaria, do homecidio?—quando se leram taes quesitos, que eram outras tantas torturas para a consciencia dos julgadores, visto que ao primeiro sozinho era possivel responder negando, e sem expor-se ao minimo remorso, os juristas da defesa cahiram das nuvens, chegando até um delles a fazer ponderações ao juiz sobre a inconveniencia das perguntas, que entretando foram mantidas; e ainda hoje é crivel que todos estejam convencidos do exotico e disparatado dellas!...

Tudo isto dirige-se a um fim: provar que a ideia dos delictos omissivos não é commum entre nós, e, como tal, necessita de abrir caminho através das verdades feitas

na academia, como pilulas na botica (5). Mas o que importa, sobre tudo, é mostrar que essa ideia não repugna ao espirito do codigo, sem o que bastaria, em muitos casos, um grau superior de habilidade da parte do criminoso para pôr-se fóra do alcance das leis penaes; e deste modo a vida social complicar-se-hia de mais um embaraço, por falta de garantia.

III

Para attingir o nosso desideratum construamos algumas hypotheses, começando, como parece mais natural, pela autoria propriamente dita. E figuremos logo um facto de caracter ordinario. A deposita no seu *porta-licor* uma garrafa de bebida especialmente preparada para provocar vomitos em B, velho borracho, que não dispensa occasião alguma de saborear a santa *pinga*. Eis chega porém C, cuja natureza é mui diversa, mas que hoje cedendo a um estranho desejo dirige-se ao *porta-licor*, e lança mão justamente do frasco predestinado. A não tem a menor duvida de que a bebida pode ser fatal a C entretanto cala-se de proposito, ainda que de um proposito occasional, *dolus eventualis*, e deixa que C haura o pernicioso licor. Momentos depois apparecem os resultados; os vomitos em excesso, o mal estar geral, a febre, a doença e após disto, por qualquer complicação possivel, a propria morte; o que de certo A não tivera em mira, porém devêra presuppor e evitar. Uma verdadeira *culpa dolo determinata*, e por conseguinte a cima da categoria traçada pelo art. 19 da lei de 20 de Setembro de 1871. E qual é o

(5) Não são poucos os exemplos de impunidade, resultantes deste acanhamento de vistas. Ha juizes, que não comprehendem a cumplicidade de uma mulher, por meio da *maquerellage*, nos crimes contra a honra, pela simples rasão de que a mulher não pode exercer funcções viris; e de mais, isto nunca foi explicado na Faculdade. Conheço mesmo uns certos, para quem o procedimento de paes corruptos, que vendessem ao prostibulo filhas menores de 17 annos, seria, como elles chamam, uma *especie nova*, que deve ficar impune, por não ser prevista pela lei. E de tal gente é composta, em sua maioria, a magistratura brasileira!

momento causal do delicto? Precisamente a omissão de A em prevenir e prohibir que C, tomasse a fatal bebida.

Outra hypothese: M, em viagem para um certo lugar, tem de passar necessariamente pela porta da casa de N, que demora á margem de um rio, sobre o qual ha uma ponte de transito geral e quotidiano. Succede porém que nesse dia a ponte se acha deteriorada e intransitavel sem perigo. M ignora, mas N conhece esse estado; e não só deixa de advertir o transeunte da catastrophe imminente, como ainda se compraz em assistir ao espectaculo, dizendo cynicamente: vejamos a queda daquelle demonio. Dito e feito: M cáe da ponte arruinada, e quebra uma perna. Não haverá imputabilidade criminosa no proceder de N? Eu acho na verdade justo o que diz von Buri, que seria ir muito longe com o principio de direito, que faz a qualquer responsavel pelo resultado de um acto, que elle pudera, querendo, ter evitado, se se transportasse esse principio, sem limitação alguma, do dominio da ethica para o do direito penal (6). Mas tambem me parece inquestionavel que seria diffcil de conservar-se n'um certo pé de ordem e tranquillidade uma sociedade, onde factos de semelhante natureza tivessem por unico obice, ou por correctivo unico a voz da consciencia moral, que é relativa ás individualidades, segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituaes.

Mais outro exemplo: J e L andam a caçar nas florestas, e não sabem que, á pequena distancia delles, acha-se tambem P entregue ao mesmo entretenimento. Acontece entretanto que J, assestando e disparando a sua arma contra um veado, ou outro animal bravio, ouve um grito de pessoa estranha, que acaba de ser ferida. J e L correm ao lugar, e lá encontram P banhado em sangue, mas não mortalmente ferido, ainda que impossibilitado de caminhar. L reconhece em P seu velho inimigo, e não só deixa de prestar-lhe qualquer auxilio, como veda que J o preste, ficando assim P abandonado por horas do dia e da noite ás influencias do ar, que lhe aggravam o

---

(6) Der Gerichtssaal, 1875, pag. 26.

mal, e trazem-lhe a morte. Não ha aqui um nexo *causal* entre a omissão de L e o fallecimento de P? Sem duvida; e por conseguinte uma responsabilidade criminal, caracterisada pelo *dolus subsequens*, com que elle, aproveitando o ferimento de seu inimigo, fel-o chegar a um resultado, que não estava contido na natureza do proprio facto original. Este caso, que aliás não se adapta á hypothese do art. 194 do nosso codigo, e tão pouco á ao já citado art. 19 da lei da reforma, seria uma offensa ao sentimento do direito, se fosse considerado impunivel; nem haverá quem seriamente assim o considere.

De mais facil concepção do que a autoria, porque tambem mais facil de realisar-se, é a cumplicidade, por omissão. Em geral definem a cumplicidade, de que trata o art. 5 do codigo, « a concurrencia directa para se commetter crimes ». Mas esta definição, posto que autorizada pelo uzo, envolve um erro, por faltar-lhe o que se chama na logica vulgar *a differença especifica*. Ella não convém a todo o definido e a elle sómente. Tambem se concorre directamente para a pratica de um delicto, por meio do mandato, ou do constrangimento; e ambos, entretanto, constituem autoria. Assim a verdadeira definição de cumplicidade, segundo o nosso direito, á a seguinte: a concurrencia directa para se commetter crimes, por outro qualquer modo que não seja, mandando ou constrangendo. Isto é evidente, e tão evidente, que não reclamo para mim a gloria da descoberta.

Outro tanto não direi da maneira de interpretar a expressão — *directamente*, — que se lê no mencionado artigo. O erro, que se commette, é muito grave; e en não rejeito a honra de apontal-o e tornal-o bem sensivel. O desacerto geral, a tal respeito, consiste em que aquelle adverbio não é tomado como exprimindo um facto subjectivo, mas como significando uma modalidade objectiva da acção, que constitue cumplicidade. Julga-se desta arte que a concurrencia para o crime ha mister de meios directos, que conduzam regularmente ao fim desejado; quando aliás a palavra — *directamente* — não tem outra funcção, senão a de marcar o *momento subjectivo* do delicto, sem attenção ao modo de preparal-o e á natureza

dos meios empregados. Nem se diga, em apoio da opinião contraria, que esse momento caracteristico da concurrencia criminosa, *das Schuldmoment*, como chamam os juristas allemães, já se acha presupposto, em virtude do art. 3, que estabelece a exigencia psychologica da má fé, e que por tanto a repetição desta ideia no art. 5, seria uma especie de pleonasmo juridico. Antes de tudo, responder-se-hia que a lei, principalmente em materia criminal, nunca é pleonastica, não corre o risco de offuscar por excesso de luz. Depois, sobrevem a justa e decisiva advertencia que é impossivel determinar *a priori*, quaes são os meios directos de auxilio prestado á pratica de um delicto ; e se por taes se devesse entender aquelles que já são conhecidos pela observação e experiencia communs, então a lei desappareceria diante do sophysma, e a habilidade do criminoso rir-se-hia triumphante da estolidez do juiz. Por exemplo : F que agarra em G para ser este mais facilmente apunhalado por H, é um cumplice em regra, por usar de um meio, de que a estatistica criminal offerece varios *specimina* ; não assim porém C, que machinando a perda de dous individuos, entre os quaes sabe elle existir uma velha intriga, a fim de leval-os á explosão, escrevesse cartas anonymas e empregasse outros iguaes manejos sordidos, até que um dos dous illudidos fosse impellido a assassinar o outro. Porém isto seria absurdo e visivelmente attentatorio do senso juridico, não só da parte culta, como da parte inculta mesma de qualquer sociedade legalmente constituida.

Admittido, pois, como não póde deixar de sel-o, que a concurrencia para o commettimento de crimes é possivel realisar-se por um modo indirecto, mais claramente se comprehende que essa concurrencia seja tambem realisavel por meio de omissão. Exemplifiquemos : Q sorprehende S no acto de lançar veneno na comida, de que vae servir-se R, patrão do segundo. Este não recúa diante d'aquella testemunha, mas antes trata de induzil-a a que guarde o segredo ; Q accede ao seo pedido. Uma palavra delle teria bastado para frustrar o plano de S ; mas tal palavra não se fez ouvir, R não é avisado do mal que

o aguarda, e o drama projectado tem o seo natural desfeixe : S envenena seo amo. Não tem Q em semelhante crime a parte do auxilio, correspondente á sua omissão, isto é, ao seu silencio ? Sem duvida.

E pouco importa que o facto se dê, como figuramol-o entendendo-se previamente o autor com o cumplice omittente, ou que não haja tal intelligencia. Se em casos taes deve haver não um só designio commum a ambos, mas tambem a consciencia commum dessa communhão, é uma questão diversa, que aqui nada interessa. Da mesma fôrma nada importa a allegação da difficuldade da prova, quer nos casos de concurrencia *positiva* por meios indirectos, quer nos delictos omissivos, onde o auxilio dado ao crime costuma-se designar pelo epitheto de *negativo* (7). A difficuldade da prova não altera a natureza do facto.

Construamos outra hypothese. Pelo art. 226 do codigo é punivel o rapto, que consiste no acto positivo da tirada violenta de qualquer mulher da casa ou lugar, em que estiver, para fim libidinoso. A cumplicidade positiva pode apparecer por varios e sabidos modos: um adjutorio immediato, prestado ao raptor, no momento da execução, já animando-o, já segurando nos braços da bella sabina resistente, ou abafando-lhe a voz, já emfim empregando doces palvras, que lhe abrandem o pudor enfurecido...

Mas pode igualmente, em taes emergencias, dar-se uma cumplicidade negativa Imaginemos que no lugar, onde uma scena destas se representa, com ares de quem nada vê e nada ouve, se acha uma experta e madura *gouvernante*, uma dessas mulheres da estatura moral da senhora Dobson no *Fromont & Risler*, de Daudet, a qual de certo ignorava tudo, e como tal passeava descuidosa com a sua alumna, porem que, ao approximar-se o autor do crime, recebe deste o signal de *pôr-se immovel*, por intermedio de uma brilhante somma... Na presupposição de que, se ella gritasse, ou désse qualquer subita providencia,

---

(7) Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen von Schütze— § 50, pag. 350.

o delicto não se executaria, - salta aos olhos que nelle tem o seu quinhão de responsabilidade.

Até aqui tenho exemplificado a cumplicidade por omissão, realisada aliás nos proprios delictos commissivos. Entretanto, ella tambem é concebivel nos crimes, que se perpetram omissivamente. Assim no infanticidio já figurado, pela perda de sangue provinda de não atar-se o cordão umbilical, a mãe que deu o plano do fingido descuido, é auctora do crime, segundo as circumstancias, é co-autora, ou cumplice a parteira que annuiu.

O mandato, segundo o nosso direito, constitue autoria, mas não deixa de ser um facto de concurrencia, de synergia criminal; por isso, no que lhe diz especial respeito, a questão não offerece maior difficuldade, emquanto se figura o caso de alguem mandar outro abster-se de um acto, que serviria de obstaculo á pratica de um crime, e dessa abstenção intencional resultar o mesmo crime. Aqui a omissão é do mandatario, inspirada pelo mandante. Mas não é possivel dar-se tambem a omissão do mandante, causando o acto positivo do mandatario, não é possivel, em uma palavra, o mandato por omissão?

Se toma-se o mandato no sentido restricto de um contracto entre o mandante e o mandatario, por um dos *quinque modis*, que ensina o direito romano (*I de mandato—pr... 3,26*), ou mesmo no sentido de uma ordem directa e imperiosa, ainda que sem constrangimento moral, não ha duvida que o mandato por omissão, é uma *contradictio in adjecto*. Porem não é crivel, nem possivel que este seja o sentido do codigo, ao contrario, estaria aberto o caminho á toda a sorte de sorrelfas na apreciação de uma das mais graves manifestações da criminalidade.

No mandato, o que importa ponderar, não é a sua forma, quer seja a simples *commissão*, quer a *ordem*, quer a *vis compulsiva*, quer a *supplica* mesma, porem o seu conteúdo, que é um só: suscitar no agente physico a ideia do crime a commetter, ou seja que o mandante figure no primeiro momento dessa ideia, fazendo-a nascer, ou que elle appareça em qualquer momento posterior, fazendo que ella se realise. E' sempre o *nexo causal*, que decide,

e pelo qual o mandante deve ser sempre o *architectus, dux atque princeps sceleris*.

No thesouro do direito romano já se encontra, em larga escala, a consagração desta doutrina. As expressões que servem para designar o mandante, assim concebido, são as seguintes:— *qui dolo malo fecerit, ut*.... (L. 4 § 4 D. 47. 8, L. 11 pr. D. 47. 10); — *qui auctor fuerit*... (L. 3 § 4 D. 48. 8, L. 38 § 2 D. 48. 19); — *si quis curaverit* ou *procuraverit* (L. 11 pr. D. 47. 10, L 15 § 10 D. 47. 10); — *is cujus instinctu* (L. 5 D. 47. 11), *cujus opera, dolo malo* (L. 1 pr. D. 48. 8). Para designar a provocação, os maus conselhos, a seducção... encontra-se ainda: — *consilium dare* (L. 36 pr. D. 47. 2); *sollicitare* (L. 1 § 1 D. 48. 4); *concitare* (L. 1 § 1 D. 48. 4, L. 3 ibid., L. 16 D. 49. 1); *suadere, persuadere* (L. 12 D. 48. 5, L 51 § 3 D. 47. 2). Para a *ordem* propriamente dita acha-se: *imperare* (L. 7 § 4 D. 47. 7); *jubere* (L. 7 D. 48. 6); para a *commissão—mandare* (L. 11 § 3 e 5 D. 47. 10, L. 5 C. 9 2); para a offerta e promessa de paga—*conducere, commodare* (L. 11 § 4 D. 47. 10, L. 4 D. 48. 6). A expressão *causam præbere*, que tambem é frequente, se adapta em geral aos differentes casos de mandato; e neste sentido é que se lê: — *Nihil interest, occidat quis, an causam mortis præbeat* (L. 15 ad leg. Corn. de sicc. et venef. D. 48. 8). *O causam mortis præbere* não sujeita-se a uma definição, e tão pouco a uma enumeração. O mandato é uma das fórmas, e de certo a mais importante, da participação no crime; e, como diz Benoit Champy, a pretenção de prever, de apreciar as modalidades infinitas de participação, que podem apresentar-se na pratica, é uma pretenção chimerica (8). Isto assentado, parece incontestavel que não repugna á essencia do mandato, realizal-o por meio de omissão. Nem ha mister de ir muito longe, para attestar com factos, e factos da vida ordinaria, a realidade da cousa.

Uma ou duas hypotheses bastarão. Z acaba de ser publicamente insultado por X e voltando á casa, depois

(8) *Essai sur la complicité*.. Pag. 75.

de referir á sua familia o que lhe aconteceu, ouve a voz de um seu fiel escravo, que diz lá no meio dos parceiros : se meu senhor não se zanga, eu vou vingal-o hoje mesmo ; e á isto Z nada responde. Poucas horas depois X é assassinado por esse escravo. Não houve ahi um mandato tacito? Simples questão de facto, simples questão de provas : se os precedentes do executor davam direito a suppor que elle, não encontrando obstaculo, cumpriria a sua promessa ; se o silencio de Z foi um acto de ma fé, *dolo malo fecerit*, está fóra de contestação que Z é um mandante.

Ainda mais : supponhamos alguma cousa de ana logo ao que se lê nos seguintes versos, que são de certo uma pintura poetica, mas uma pintura *d'après nature*. São palavras postas na bocca de um espirito barbaro e intransigente :

« Lembro-me que, a meo pai contando um dia
Ter visto minha irmã, com os pés descalços,
Desgrenhada,—ella só—fallando a um homem,
Meo pae me perguntou : onde a enterraste ?.... »

Supponhamos com effeito que alguem, collocado em semelhante collisão, recebendo de seu pai uma tal pergunta, que importa ao mesmo tempo uma censura e uma provocação, fosse logo depois realisar a ideia, que essa pergunta insinúa ; presuppondo-se que o pae nada oppozesse ao manifesto intuito do filho, o mandato de fratricidio, começado por um meio positivo indirecto, e acabado por omissão, seria evidente.

Outro sim : um caso igual ao de Tarquinio com o mensageiro de seo filho Sexto (Liv. 1. 54) não seria de todo um mandato do genero ;— o *summa papaverum capita.... baculo decussisse* —é um signal positivo ; mas dado que o mensageiro comprehendendo o symbolo, mostrasse logo attribuir-lhe maior alcance do que elle por ventura comportava, e não fosse obstado por Tarquinio, é claro que este far-se-hia culpado de uma omissão criminosa.

Não é mister multiplicar os exemplos. Estes illustram, mas não augmentam o valor da theoria, que

aliás defende-se por si mesma. A questão se resolve, com todas as suas particularidades e nuanças infinitas, n'uma simples questão de causa e effeito. Quer entenda-se por causa, segundo Stuart Mill, um facto que se isola da cadeia de antecedentes de um phenomeno dado (9), quer por tal se comprehenda, segundo Trendelenburg, a mais activa das multiplas condições de um acconteci-mento (10) ; ou tal seja, segundo Herbart e von Buri, a somma de todas as forças productivas de um pheno-meno (11) ; o certo é que, nos chamados delictos por omissão, como nos proprios delictos commissiveis, o crime é um effeito que se prende á causa voluntaria, obrando, ou deixando de obrar. E seria singularissimo, que entre nós, *v. g.* sendo punivel o homicidio voluntario, resultante de uma imprudencia, não o fosse, porém, o *homicidium dolosum*, proveniente de uma omissão proposital e calculada. Uma tal maneira de ver só tem de notavel a sua extravagancia, nem eu duvido que haja quem seriamente esteja por ella. Em mais de um ponto, a nossa sciencia do direito, principalmente na esphera criminal, é a ignorancia ensinada com methodo, e ainda mais methodicamente aprendida. Mas eu é que não estou pelos 15 *padre-nossos* e 150 *ave-marias* da patria jurispericia. O meu rosario tem muito maior numero de contas, que se augmenta de dia em dia. Creio com isto não fazer mal a ninguem ; e, pois, descanço nesta doce crença.

Ha um ponto final, sobre o qual não me estenderei, mas é mister dizer sempre alguma cousa: é saber, se tambem seria concebivel a *omissão constrangente*. Em relação ao constrangimento moral, a questão não é sem proposito. E para formulal-a, eu me limito á exhibição de um documento, que acha muitos iguaes nos fastos do amor desventurado. E' a carta de uma perdida ao seu seductor, pouco mais ou menos, nestes termos :.... «Tu me disseste uma vez, como Falkland á Emilia, no celebre romance de

(9) *Systhem der Logik*—traducção de Schiel—1.887.

(10) *Logische Untersuchungen* II 184.

(11) *Ueber Causalität und deren Verant wortung*. pag. 1 1873.

Bulwer, que eu não podia sentir a deshonra, senão partilhando-a comtigo: e cheguei a crer, como me insinuaste, que o amor alimentado pela vergonha e pelos soffrimentos, é mais profundo e mais santo, do que aquelle que cresce no orgulho e no prazer.... Mas não é isto o que me affige; o que me leva ao desespero, é o teu silencio, a tua inacção. Se dentro destes oito dias não vieres realisar o promettido, ou pelo menos não me escreveres, saberei pôr termo á minha desgraça... Tu me entendes!» E esta linguagem, em vez do effeito dezejado, produz justamente o contrario, o seductor exulta, e se algum acto pratica, é só o de tornar mais significativa a sua indifferença com o designio patente de livrar-se da sua perseguidora. Dito e feito: a infeliz suicida-se. E como julgar-se-hia pela bitola de nosso direito penal, um caso desta ordem, que pertence á esphera das possibilidades, ainda que pouco apreciado por succeder quasi sempre nas regiões crepusculares da sociedade humana? Não arrisco uma resposta, que só as mulheres são capazes de dar com rectidão e justiça. Verdade é que o contingente do amor na estatistica criminal, como incentivo, como movel de acção, decresce de dia em dia. Como o patriotismo, como a amisade, como todos os grandes sentimentos, que parece foram mais viçosos nos tempos de outr'ora, o amor tem tido o seu desenvolvimento, e de tal arte, que hoje matar por amor, ou deixar-se morrer elle, já vae tomando as proporções de um phenomeno atávico. Mas é certo que, uma vez o facto dado, não envolve menos que outros um verdadeiro delicto.

O resultado de tudo isto é que, se bem se attende para a natureza dos crimes em questão, elles se adaptam perfeitamente ao conceito philosophico da criminalidade. Eu sei que mais de um exemplo, aqui apresentado para illustrar a doutrina, pode bem parecer estranho e produzir a impressão do exagerado. Pouco importa. Isto é devido talvez á necessidade de reacção contra uma tendencia peior, que nos vai arrastando, necessidade que sente qualquer espirito ambicioso de harmonia e serenidade na communhão social. Quando até os mais horripilantes feitos da cabeça e da mão do homem, pouco falta que se

considerem phenomenos innocentes, senão actos de virtuoso heroismo, não é muito que, por contragolpe, se propenda para o extremo opposto, e se cuide ver um crime até na petulancia do vento, que fareja as pernas de uma mulher bonita, ou desorganisa o corpinho de uma pobre flôr. A polarisação é tambem uma lei no mundo das ideias.

Ao terminar, — e já é tempo, — julgo dever pedir ao leitor a precisa desculpa de entretêl-o largamente com estes assumptos, que são, que devem ser, por sua natureza, despidos de poesia, isentos de apparato rhetorico, — por assim dizer, inodoros, como a linfa de uma fonte pura, ou como o seio de bella moça, modestamente asseada. Mas elles me agradam ; e não sei que voz occulta está a dizer-me continuamente que, persistindo neste terreno, bem posso eu, depois de alguns annos, vestir tambem a minha clamyde de criminalista. *Etiam capillus unus habet umbram suam*. Anima-me esta esperança. (1)

---

(1) E' um dos mais antigos escriptos de direito devidos á penna do auctor. — (N. de S. R.)

VI

Um ensaio sobre a tentativa em materia criminal

I

Se ha no direito penal uma theoria, que tenha sido entre nós inteiramente descurada, é a theoria da tentativa. Já se vê que, assim me exprimindo, dou pouca importancia, porque pouca lhes descubro, aos trabalhos criminalistico-industriaes dos nossos commentadores. Mas o facto é explicavel:—uma theoria scientifica da tentativa presuppõe alguma cousa de mais que a faculdade mecanica de citar *Avisos* do governo; unica *sciencia*, em que são profundamente versados os jurisconsultos da terra, salvo uma ou outra excepção, tão rara, que se perde e desapparece na sombra dos rabulistas, cujo numero é legião. (1)

O nosso codigo criminal, sem definir regularmente a tentativa, deu todavia materia para uma definição, exprimindo os diversos conceitos que entram na comprehensão da ideia definienda. Assim diz elle que tambem considerar-se-ha crime ou delicto a tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores com principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Mas esta

---

(1) O predominio dos *Avisos* na decisão das nossas questões juridicas exprime mais do que uma falta de sciencia da parte dos juizes e tribunaes, — exprime a indole byzantinamente imperialistica do poverno brasileiro. Se eu quizesse prender essa anomalia a algum antecedente historico, não poderia fazel-o melhor do que relembrando as leis 1 e 12 do *Cod. de legibus* (1.14)— Constantino disse: — Inter œquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportes et licet inspicere. E Justiniano accrescentou : — Si imperialis majestat causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis, sententiam dixerit: omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt sciant hanc esse legem nom solum illi causæ, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Ora, não é isto mesmo que se dá com os *Avisos?*

definição, ou esboço de uma tal, que se lê no artigo 2 § 2 do codigo, abre caminho a mais de uma ponderação critica. Deixo de parte a especie de tautologia que se lhe nota, ou seja um defeito puramente redaccional, ou seja uma lacuna conceitual, nas palavras: — a tentativa do crime, quando fôr manifestada, etc., etc.—, como se para o legislador houvesse um outro conceito da tentativa, que não o daquella, por elle caracterisada pelo modo supra indicado. Não é isto, porem, que se presta á analyse e á censura. O que, a meu vêr, vicia a ideia que em geral formamos da tentativa, segundo o codigo, é o ressabio da fonte, em que ella foi bebida.

Ninguem ignora que o codigo francez nos serviu de guia em muitos pontos da nossa lei criminal. Entre outros, o conceito da tentativa é o mesmo do artigo 2 do *Code pénal*, cuja revisão de 28 de Abril de 1832, pouco tempo depois da confecção do codigo brasileiro, tirou as expressões — *actes extérieurs et suivis* —, que nós aliás ainda hoje mantemos. E com ellas ficaram tambem as *ominosas* palavras —*principio de execução*—, que não são menos vagas que as primeiras, e dão lugar a muitos erros de applicação (2). Tudo devido á influencia da lei franceza, que entretanto não se fez sentir sómente na lei brasileira, mas em quasi todos os codigos dos paizes civilisados, e estendeu-se, o que mais admira, até o *Strafgesetzbuch* do Imperio Allemão (art. 43), posto que a phrase —*principio de execução*— *(Anfang der Ausführung)* já venha modificada pelo complemento—*do crime ou delicto tentado (dieses Verbrechens oder Vergehens)*, que confere á ideia da cousa um caracter mais concreto e accentuado.

Dentro do circulo mesmo que o codigo brasileiro traçou á tentativa, se deixa levantar mais de uma questão importante. Além da eterna controversia, a que dão pretexto as mencionadas phrases *actos exteriores com principio de execução*, suscita-se a questão do *arrependimento*, a da *propriedade* ou *impropriedade* dos meios, bem como da *propriedade* ou *impropriedade* do objecto, e

(2) Haeberlin. *Garichtssaal.* 1875. pag. 620.

ainda outras que se prendem á theoria da concurrencia *real* ou *ideial* dos delictos. Julgando-me dispensado de entrar em largas considerações sobre os muitos disparates, occasionados na pratica judicial pela impossibilidade de caracterisar exactamente o que seja um *principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente*, bitola esta que não se accommoda a todos os crimes, resultando dahi que muitos delles, onde aliás é possivel uma tentativa, são expostos pelos nossos commentadores como não admitindo conceitualmente a ideia de uma tal, eu passo a occupar-me dos outros pontos.

O arrependimento, que póde apparecer por occasião de um delicto não consummado, e que tem importancia juridica, não é o *arrependimento do peccado*, como poderá crer qualquer jurista theologo, mas o *arrependimento do crime*, para o qual não ha mister de virtude; o *arrependimento de facto*, que se traduz por actos oppostos á consummação do delicto,ou,quando este depende de um resultado particular, ao apparecimento desse resultado. Mas isto estará contido na disposição do codigo? Eu creio que sim; e nos proprios termos da lei encontro a prova de meu asserto.

Por quanto, se o delicto intentado, porém que não teve effeito, requer que não o tenha tido por circumstancias independentes da vontade do delinquente, é claro que *a contrario sensu*, quando aquelle effeito não se dá por força de circumstancias dependentes dessa vontade, a tentativa não existe E não existe, justamente por lhe faltar, na hypothese figurada, o presupposto psychologico de um acto de *querer* o crime, como elle foi concebido, em toda a sua plenitude.

Todas as vezes que, na esphera criminal, o objectivo e o subjectivo não se cobrem, não se ajustam em todos os pontos, o crime está alterado na sua unidade e totalidade juridica. Esta incongruencia póde dar-se de dous modos principaes: ou o *querido*, elemento subjectivo, vae além do *acontecido*, elemento objectivo; ou este além daquelle. Se o phenomeno, *que se quiz*, é mais do que o phenomeno, *que se deu*, ahi temos a tentativa; se porém

o facto ultrapassa o circulo da vontade, ahi temos um desses muitos casos de acções culposas, desde a *culpa levis*, até a *culpa dolo determinata*, com todas as suas differenças de grau e intensidade. Disto resulta que não ha, nem póde haver tentativa *culposa*. Na tentativa o *dolus* é essencial. Já se vê pois que, nestas condições, o arrependimento, isto é, a interrupção da serie dos *momentos* successivos do crime por vontade do agente, desfigura o caracter da tentativa, e esta deixa de existir.

Expliquemos. A dispára contra B, seu inimigo, a quem esperava para matar, um tiro de rewolver. B cahe ferido, mortalmente ferido, e pede soccorro; mas ninguem ha que possa acudil-o. O lugar é deserto, e a hora já avançada. A dirige-se para elle, ainda de rewolver em punho, e encontra-o lavado em sangue, mas vivo e capaz de resistir á morte, se prestado lhe fôr o necessario auxilio. O criminoso ainda tem á sua disposição meia duzia de balas, que podem corrigir o erro da primeira, mas não faz uso dellas; pelo contrario, atira para um lado o seu instrumento homicida, toma nos braços o ferido, que leva á sua propria casa, onde lhe proporciona os meios de salvação, que são efficazes. E' admissivel nesta hypothese a permanencia da tentativa? A affirmação é difficil, porque repugna á indole da justiça, mesmo da justiça fallivel, em que se apoia a sociedade humana.

Outro exemplo: C, creado de D, envenena a comida ou bebida, de que este vae servir-se. E com effeito D haure o licor intoxicado, sentindo logo após um mal estar estranho, mas sem ter a mais vaga suspeita do veneno. O mal augmenta, e elle chama por C que nesse momento entra em casa, já acompanhado do medico, a quem foi confessar o acto e pedir que viesse soccorrer a seu amo. O remedio é applicado em tempo, e o mal desapparece. O arrependimento, isto é, uma serie de factos partidos da vontade do agente, obstou que o crime chegasse á sua ultima phase, e isto quando o objectodo mesmo crime ainda estava ao alcance do sujeito, dentro das raias da sua actividade. A tentativa, que é o acto voluntario mallogrado, desapparece, por tanto, absorvida pelo crime que fica, pelo que ha de criminalmente consumado, ou seja o

ferimento, ou outro qualquer delicto, conforme a hypothese dada (3).

Os exemplos illustram, e eu quero ainda lançar mão de outro, tirando-o de proposito da supposição de um dos crimes, em que os nossos expositores, isto é, computadores de penas para *uso e guia* dos... juizes de direito, não admittem a tentativa. Seja o delicto subsumido no art. 224 do codigo criminal; e para melhor exemplificação appliquemos a uma velha legenda fradesca a medida do direito. E' bem sabida a historia do fervoroso devoto do nome de Maria, que namorando uma bella freira, poude conseguir penetrar até ao *sancta sanctorum* da cellula virginal, até á gruta mystica da fada, noiva de Jesus; mas ahi chegando, e quando a belleza acabava de sacudir de si os habitos grosseiros, produzindo-lhe de subito a mesma impressão olfactiva que o arrancar violento do cortice de um tronco de sandalo, elle sabe do seu nome : — é o nome que elle respeita. Recúa do seu plano. A tentativa foi interrompida de motu proprio do agente, e como tal não encerra criminalidade. Resta porém a saber, se delictos desta ordem são realmente susceptiveis de um *conatus proximus*, como diziam os velhos juristas latinisantes.

Bem podia escolher para a minha hypothese, em vez do art. 224, o art. 219. Mas não sei, se soror Maria, que dou como menor de 17 annos, com os seus bonitos dentes, tão symetricamente emparelhados, como as *touches* brancas de um teclado de piano novissimo, com os seus alvos braços nús, que valem no diametro e no bem talhado do marmore as pernas de muitas outras, ainda tem, todavia, algum floreo botão a abrir; considero-a pois como simplesmente honesta, no sentido vulgar da expressão. E neste

---

(3) Se no exemplo do envenenamento, cujos effeitos são evitados pelo proprio envenenador, o prejuizo que por ventura sobreviesse á saúde da victima salva, não seria punido entre nós, como um crime á parte, é culpa do nosso codigo, que só reconhece a possibilidade de uma alteração criminosa do organismo humano por meio de instrumentos cortantes, perfurantes e contundentes. Delictos contra a saude em geral não existem para elle; e dest'arte quem quer que ministrasse maliciosamente a outrem uma beberagem tal, que o puzesse de cama por mais de um mez, não commetteria um crime, pois o facto, como costumam dizer, não foi previsto pelo codigo! Que bôas leis temos nós!

presupposto, admittamos agora que o seu amante não fosse um typo de devoção, porém de libertinagem; e que no ardor do seu *donjuanismo* em vez de encontrar, como diz a legenda, o braço do Christo de madeira, que se estendesse para salval-o do perigo, em recompensa do respeito ao santo nome de sua mãe, encontrasse logo ao colher o primeiro beijo da hostia risonha a voz do *gendarme*, que lhe gritasse atrás, em florida linguagem nobiliarchico-pernambucana :—*está preso, cabra !*—e a figura da velha abbadessa, que dando bons conselhos, na impossibilidade de dar maus exemplos, dissesse, com as mãos erguidas para o ceu: graças a Deus, que pudemos chegar em tempo de obstar a consummação do sacrilegio na casa do Senhor. Não dar-se-hia então uma verdadeira tentativa do crime indicado no art. 224 ? Não seria o primeiro beijo um *commencement d'exécution* do respectivo delicto, no sentido do *Code penal* e do seo imitador, o codigo brasileiro ? Ou seria simplesmente um *acto preparatorio*, com todo o valor ethico e esthetico, mas sem valor juridico? De nenhum modo hesito em sustentar a ideia, que parece inacceitavel, isto é, a ideia da tentativa, e neste caso a possibilidade tambem de um arrependimento, que a torna impunivel.

Insisto neste terreno. Com razão diz Berner: « Se quizessemos tomar a exigencia de um *principio de execução* no sentido absoluto de uma exigencia daquella acção principal, que funda a existencia do facto, ver-nos-hiamos obrigados a attribuir ao legislador um sem numero de disparates. Por exemplo: alguem projecta um homicidio; dirige-se ao lugar proprio; carrega a sua arma, assesta-a contra a victima, engatilha e—de repente um outro põe a mão no feixe da arma e impede o tiro, isto é, a acção precipua que funda a existencia do facto. Será crivel que o legislador tenha querido a impunidade de semelhante acto ?» (4)

Nas mesmas condições se acham as hypotheses dos arts. 219 a 224, dos quaes, como já notei, ha quem não admitta uma tentativa, nos termos do direito criminal.

---

(4) *Grundsatze des preussischen Strafrechtes. pag.* 7.

Supponhamos que Porcia, a bella filha da imaginação de Musset, estivesse na idade legal da seducção criminosa, e que o seu amante, o pescador Dalti, tendo com ella aquelle fatal encontro nocturno, no momento em que por ventura, semelhante ao misero imperador besta-fera, que se deliciava na arena do circo romano em cheirar as carnes palpitantes das bellas martyres nuas, amarradas em postes, *inguina invadebat et cum affatim desævisset*, mas antes de qualquer acto ulterior, fosse agarrado pelo braço de Honorio, o inditoso marido, que com elle não se duella mas o conduz perante a justiça : qual seria neste caso o crime do seductor (5) ? Haverá quem seriamente affirme que nenhum ? Nem se diga, para illudir a questão, que, dado o facto entre nós, não conviria mesmo punil-o, pela desproporção enorme entre a gravidade do delicto e a insignificancia da pena (6). Isto não altéra a

---

(5) Os meus jovens leitores não se riam, e os velhos não se escandilisem de certas expressões menos apropriadas á leitura feminina, que tenho aqui empregado. Para o puro tudo é puro; e não conheço maior pureza que a do espirito scientifico. Se a anatomia e a physiologia, por exemplo, podem fallar com todo o serio de partes do corpo humano, que se designa pelo mal cabido epitheto de *obcenas*, sem corarem de pejo e esconderem o rosto, não vejo razão porque o direito não deva gosar do mesmo indulto.

(6) Dois annos de desterro para fóra da comarca, no maximo!...

Contam que um sabio estrangeiro, não se sabe qual, disse do codigo criminal brazileiro ter sido feito por *um ladrão* e um ladrão *sem honra*. Esta palavra nunca foi proferida por sabio algum, mas ha nella um fundo de critica sensata e justa, que torna a cousa verosimil.

Resta sómente a observar que o codigo ainda pune menos os crimes contra a honra, do que contra a propriedade. Para convencer-se disto, basta lêr e meditar sobre os arts. 222 e 274. E como este facto serve á minha velha these da miseria brasileira, que desejo bem conhecida do mundo civilisado, eu o exponho na lingua da sciencia: — Ich habe schon einmal gesagt, in Brasilien ziehe man der Ehre das Leben, dem Leben aber das Eigenthum vor. Nicht ohne Beschämung muss ich es bekennen; aber die Thatsachen reden. Hier ist ein Beweis dafür: nach dem brasilianischen Strafgesetzbuch wird der versuchte Raub (art. 274) mit derselben Strafe bestraft wie der vollendete, während hinsichtlich der Nothzuchet der Versuch c art. (223) eine um 1/3 16 mindere Strafe erhält als das vollendete Verbrechen (art. 222). Das ist zwar zu wenig, als dass ich mich darauf basiren könnte, um Brasilien in die Acht der civilisirten Welt zu erklären; aber doch liget in dieser und anderen Gesetzbestimmungen des Kaiserreichs so etwas wie ein Stück Nationalpsychologie, das nicht unberücksichtigt zu lassen ist.

theoria, nem prova outra cousa senão a pobreza da nossa legislação penal.

O exemplo de Porcia, a quem o poeta figura como conjuge, dá lugar a uma questão accessoria, que eu mesmo quiz provocar. Se a mulher honesta, de que falla o art. 224, é mulher casada, qual o modo de conciliar a *concurencia ideial* desse artigo com o 250 ? Recorrer-se-ha por ventura ao principio da *absorpção das penas*, que são maiores neste que naquelle, afim de não poder ter lugar a punição, senão nos termos do art. 253, não obstante a menoridade de 17 annos e com ella a presupposição de um espirito ainda não bem reflectido, que a lei quiz proteger ? Basta indicar o problema ; não cabe aqui tratar de resolvêl-o.

Voltemos porém ao primeiro ponto. O que em geral difficulta a comprehensão da tentativa impunivel pelo arrependimento, é o modo erroneo de formar o seu conceito. De ordinario concebe-se a tentativa não como um todo complexo, que abrange em si uma serie de actos possiveis para a consummação de um crime, que todavia não se consumma, porém como alguma cousa de concreto e determinado, que não tem *momentos* diversos, que se exgota logo no primeiro acto frustrado. Dahi a illusão em que se labora, suppondo-se, por exemplo, que a vontade criminosa manifestada pelo individuo, a quem falhou o primeiro tiro do seu rewolver, não acertando em cheio no coração da victima, não póde mais ser neutralisada por um acto qualquer no sentido de apagar a tentativa. Isto porém é facillimo de refutar, e por uma reducção *ad absurdum*. Com effeito, se o ambito da tentativa não fosse até onde começa a impossibilidade de acção da parte do delinquente, se ella se desse por fechada e concluida em cada acto, que encerrasse um principio de execução, teriamos que no exemplo figurado, succedendo que A fosse errando, um após outro, todos os oito tiros do seu rewolver, seria afinal criminoso de oito tentativas ou mais ainda, conforme a riqueza de molas do *americano* ? Mas isto é inadmissivel.

O que só ha de duvidoso na questão do arrependimento, é o modo de ponderar o motivo que o determina.

As circumstancias, que dependem ou não, da vontade do agente, podem ser puramente internas, de natureza psychologica. Ora, o direito criminal não conhece o principio estoico — *coacta voluntas, semper voluntas*. Se a coacção moral é capaz de fundar a irresponsabilidade do agente coagido (art. 10 § 3 do cod.), essa mesma coacção deve ter força para tirar o merito juridico ao arrependimento do crime iniciado, mas não acabado. Assim aquelle que, ainda podendo proseguir nos actos conducentes á realisação completa do delicto, recuasse do seu plano, não por um livre impulso da vontade, mas pelo medo de um phantasma, que então se lhe afigurasse tetrico e ameaçador, não deixaria de ser responsavel pela tentativa dada. Eu imagino alguma cousa de semelhante áquella terrivel scena do *Monge de Cister*, em que Vasco assassina o homem que se interpuzera entre elle e a estrella da sua felicidade — a mulher dos seus amores : mas supponho tambem que o assassino amante seja um espirito prejudicado por uma ferrenha educação religiosa,e que assim, ao vibrar a primeira punhalada, ouvindo tocar á *Ave Maria*, que nunca ouviu na sua vida, sem descobrir-se, rezar e pedir a Deus perdão dos peccados do dia, sinta-se preso de um estranho terror, que o faz cahir de joelhos aos pés do inimigo, ferido no peito, porém vivo e com força bastante para uma reacção, entregando a este o punhal e pedindo-lhe que se vingue... Se o offendido não morre, e na hypothese de que o offensor só deixou de proseguir na sua obra por effeito de um excesso de *bigoterie*, que matou-lhe a vontade, não hesito em affirmar que tal arrependimento não tem significação juridica, a tentativa permanece (7).

A historia nos ministra, neste sentido, um importante exemplo. E' o do escravo cimbro, hussardo de Minturna,

---

(7) Um dos pontos que, neste dominio, mais urge estudar, é a *Psychologia dos motivos*. A sciencia tem necessidade de reunir ao seu corpo de doutrina alguma cousa de novo, que se poderia designar pelo titulo de *Theoria da motivação em materia criminal*; theoria que ainda não foi estabelecida,e de que apenas existe,que eu saiba,na respectiva litteratura, um pequeno ensaio, o escripto de Holtzendorff— *Psychologie des Mordes*, — que è digno de estudo.

que foi mandado assassinar o grande guerreiro, inimigo da aristocracia romana. O mandatario assombrou-se diante dos olhos faiscantes do seu antigo vencedor, e a machadinha cahiu-lhe das mãos ao perguntar-lhe o general com voz imperiosa e aterradora, se elle era *o homem capaz de matar a Caio Mario !?....* Applicando-se a este facto a medida do direito, é fóra de duvida que a tentativa de morte por parte do cimbro não podia extinguir-se pelo seu arrependimento involuntario, devido sómente ao medo que lhe incutia, como se fosse um ente sobrenatural o terrivel adversario de Sylla.

O que de perto ainda interessa ao presente assumpto, é saber até que ponto o recuar do agente, no caso de uma concurrencia de criminosos, aproveita ao mandante, ou a qualquer outro membro da *societas dilicti*. A questão não é das menos importantes ; mas discutil-a aqui teria a desvantagem de levar-nos muito além do plano traçado ao meu trabalho. Passemos pois a outra cousa.

II

Antes de entrar na questão ulterior da *propriedade* ou *impropriedade* dos meios e do objecto do crime, importa ainda, com relação ao assumpto precedente, elucidar um ponto duvidoso. E' o de saber, não só se é possivel a tentativa por *omissão*, como tambem, uma vez admittida, se é possivel, e em que consiste o arrependimento de tal tentativa.

Que a tentativa dos delictos *commissivos*, que se perpetram *omissivamente*, é logicamente concebivel e praticamente realisavel, alguns exemplos bastam para provar. Assim no caso figurado por mim já uma vez, não verificada a morte do recem-nascido, por vir em seu auxilio uma circumstancia alheia á vontade da mãe delinquente, a tentativa por omissão é incontestavel. Mais ainda : supponhamos que Pedro, homem casado, já tem a experiencia feita por tres ou quatro vezes que um desejo de sua mulher, no estado interessante, não sendo logo satisfeito,

produz o aborto, e com este sempre um decrescimento de saude. Já ouvio até do medico a singular declaração de que, se o phenomeno se repetir, a morte é probabilissima. Porém elle mostra-se surdo a tal observação. A joven gravida insiste agora em querer satisfazer um dos seus caprichosos appetites; mas Pedro responde-lhe com a indifferença, e não só deixa de acudir ao seu appello, como tambem previne e ordena a creadagem que *nada faça*. A habitação é solitaria; a doente está prostrada. A isto junta-se a particularidade de haver Pedro escripto a sua amante, dizendo-lhe em termos claros: desta vez, creio eu, ficaremos livres do embaraço que se oppõe á nossa felicidade. A infeliz esposa aborta em fim, e pouco falta que succumba, o que ter-se-hia dado, a não ser a interposição de circumstancias estranhas, que desmancharam o criminoso plano de Pedro. Semelhante acto será juridicamente inapreciavel? E se não é, como me praz assegural-o, qual então o seu caracter, senão de uma tentativa de delicto commissivo, que se commette por omissão? A linha que, neste exemplo, separa o dominio ethico do juridico, é tão delicada, que para muitos será difficil percebel-a e admittil-a. Imaginemos outro facto: o *aiguilleur* de uma machina de vapor se deixa corromper por dinheiro, para que em uma hora prefixa, se esqueça do seu mister, afim de produzir um desastre de ante-mão calculado; e com effeito, quinze minutos antes, elle embriaga-se, de accôrdo com o plano dado, para bem dissimular o seu desleixo intencional; mas o facto não chega a consummar-se, graças á descoberta do conluio, que é confessado pelo criminoso, obstando-se assim que o crime se realise. Como julgar um facto semelhante? Reconheço que, na pratica, a apreciação juridica de phenomenos de tal ordem é de uma enorme difficuldade; mas nem por isso a theoria deixa de ser, no fundo, verdadeira. (8)

Entretanto busquemos tornal-a mais comprehensivel. Um medico tem dois doentes em uma mesma casa, A e B;

---

(8) Ernest. Rub. *Kommentar über das Strafgesetbuczh*, Pag. 240.

mas de tal arte, que o que faz bem a este, póde trazer a morte daquelle. O medico é peitado para envenenar a A; neste intuito elle prescreve a ambos os doentes medicamentos tão semelhantes, que, sem muito cuidado, podem ser facilmente confundidos. De proposito elle deixa de observar o perigo de tal confusão, que não trazendo mal algum a B, póde com tudo ser fatal a A, que é o que elle tem em mira. E assim acontece: o enfermeiro troca os remedios, ministrando a um o que era destinado para o outro; A sente-se peior; a curiosidade desperta; reconhe-se o envenenamento, bem como a causa que o determinou, podendo-se-lhe porém obstar as ultimas consequencias, mau grado do delinquente. E ha aqui outro delicto que não o da tentativa de morte, omissivamente perpetrada?

Ainda uma vez importa observar: muitos exemplos, que tenho apresentado em favor da theoria em discussão, bem podem parecer estranhos a certos olhos desarmados de instrumento logico e energia racional. Mas é mister não perder de vista que toda theoria consiste em um traçamento de linhas rectas; não é possivel indicar a *priori* as curvas e entrelinhas da realidade, que é sempre mais comprehensiva que o mais vasto ambito das pesquisas theoreticas.

Nas hypotheses figuradas de tentativa por omissão, o arrependimento é tão facil de conceber, como nos crimes commissivos propriamente ditos. O que por ventura se possa oppôr, dirige-se, não ao arrependimento, mas ao conceito geral do *delicto por omissão*; e este, por sua vez, só encontra opposição da parte daquelles, que não se dão ao trabalho de pensar, nem admittem que além do estreito circulo das prelecções cathedraticas existam outras e mais importantes questões do direito criminal. Quem se habitúa, v. g. á estudar problemas como este: «o casamento do complice com a éstuprada produz o effeito do art. 225?» e a tê-los na conta de cousas capazes de confundir doutores, perde o senso das grandes questões juridico-penaes. As ideias affeiçoam o cerebro; e se ellas são acanhadas, acanhado fica o orgão que as contém, como uma luva de homem engelhada e acommodada em mãosinha de criança.

Dest'arte não admira que aquelle conceito não entre facilmente em todas as cabeças, e que até haja quem julgue poder combatê-lo, appellando para o codigo criminal, que falla sómente de acção ou omissão voluntaria *contraria ás leis penaes*. Este modo de refutar é um *testimonium paupertatis*, é um symptoma de insufficiencia da *valvula intellectual*, e isto ainda mesmo que o refutante seja algum professor da materia. O codigo falla, é verdade, de acções voluntarias, contrarias ás leis penaes, isto é, *delictos commissivos*, e de omissões voluntarias, contrarias ás leis penaes, isto é, *delictos omissivos*; acções e omissões previstas e ameaçadas com penas. Até ahi nenhuma duvida. Mas a questão vem de outro lado; ella consiste em saber se na categoria das acções podem comprehender-se phenomenos, que se dão de um modo negativo, porém que trazem todos os caracteres positivos do crime. Assim, por exemplo, *matar alguem* é uma *acção* contraria ás leis penaes; mas pergunta-se: não é possivel *matar alguem*, isto é, produzir voluntariamente o effeito chamado *homicidio*, por meio de uma *omissão*? Eis o ponto vacillante, que a sciencia trata de firmar, que discuti no meu escripto, e que entretanto encanecidos doutores não comprehenderam!... Eu os lastimo; e entrego-os, de corpo e alma, ao esquecimento que os espera.

Para que se possa, neste assumpto, combater a minha lembrança, considerando-a exotica e inacceitavel, é mister provar tres cousas, impossiveis de provar: 1°, que a sciencia do direito criminal não se occupa, nem liga importancia a tal questão; 2°, que a observação da vida social não dá testemunho de factos criminosos, que tenham por causa uma omissão voluntaria; 3°, finalmente que, embora seja admissivel a negligencia *culposa*, como a temos presupposta pelo art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871, não é todavia psychologicamente concebivel a negligencia *dolosa*, a *non-chalance* calculada para attingir um alvo, por exemplo, a morte de um individuo, ou outro qualquer phenomeno criminoso. Em quanto pois não se me provar tudo isto, e eu quizera que Deus me concedesse viver até ao dia em que tal prova fosse produzida, tenho direito de rir-me da ignorancia

dos sabios criminalistas do paiz, cuja intuição scientifica é igual, bem que mil vezes menos poetica, á intuição geographica do velho camponio, que nunca sahiu da sua choça: além da serra fronteira, por detrás da qual elle vê todos os dias levantar-se o sol, não ha mais nada, se não *reinos encantados* ou terra de *mouros*.

Voltemos á tentativa. Se esta consiste na pratica de um acto, que já por si constitue um dos elementos objectivos do crime, e se esse acto, como todos os outros que o podiam seguir, necessita da applicação de meios para chegar a um fim *querido*, é claro que uma vez admittida a *impropriedade* de taes meios, o fim é inattingivel, isto é, o delicto não se póde dar, e como tal é logicamente inconcebivel a sua tentativa. *Um principio de execução* envolve a possibilidade dessa mesma execução. Um crime impossivel desde o primeiro momento da sua genese não é um crime. O legislador pune somente crimes *reaes* e o começo da *realisação* de crimes possiveis. Deixemos porém de theoretisar, e vamos á exemplificação. Escolho de industria um delicto, a cuja tentativa, ou a uma das suas formas, o nosso codigo consagrou artigo especial, — o aborto. O art. 200, com effeito, impõe penas ao acto de... « fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique». A expressão *com conhecimento de causa* é ahi synonima do *conhecimento do mal*, de que falla o art. 3, isto é, significativa do *dolus*. As palavras, porém, — *ainda que este se não verifique* — presuppoem sem duvida a possibilidade da verificação, que entretanto foi obstada por circumstancias independentes da vontade do agente. O contrario seria absurdo. Se alguem por engano, ou por ignorancia, ministrasse a uma mulher pejada, com intuito criminoso, uma substancia inoffensiva, incapaz de produzir qualquer alteração na economia organica, e muito mais de fazer expellir o feto, não commetteria uma tentativa de aborto, porque este, desde o acto pelo qual o pretenso propinador lançou mão da droga inefficaz, tornou-se impossivel; não houve principio, nem mesmo preparo de execução. A insistir-se, em tal hypothese, na ideia da

tentativa sob o pretexto de que, em todo o caso, existe ahi uma intenção malevola, uma vontade criminosa, a logica exige que se faça disso applicação a todos os phenomenos do genero; e então teremos um sem numero de consequencias irrisorias, não só no que diz respeito á impropriedade dos meios, como tambem no que tóca á impropriedade do objecto. Deixo ao cuidado do leitor figurar os casos em que o lado comico da ideia se torne bem saliente.

Nenhuma duvida sobre este ponto: o *conatus* do crime impossivel pela insufficiencia dos meios não tem caracter criminal. Um homem que assesta, no proposito de disparal-a contra outrem, uma arma descarregada, qualquer que seja o seu impeto, a sua sêde de sangue, não é réu de tentativa, porque o meio, isto é, a arma não se prestava ao fim *querido*; o crime, assim projectado, não podia ter um começo em nenhum dos momentos successivos ao da sua concepção.

Imaginemos o seguinte passo. Um individuo casado está prestes a casar-se segunda vez. Sua mulher é Zulmira, sua noiva é Adalgiza. O matrimonio vae celebrar-se, o altar espera os nubentes. Eil-os que chegam: tudo riso, luzes, flores, e o mais que sóe haver em semelhantes casos. No momento porém em que o sacerdote vae collocar sobre a da noiva a mão do noivo, ouve-se um grito como de pessoa afflicta e angustiada. A turba attonita volve-se para o lado, d'onde elle partiu, e divisa então quem o deu: uma mulher de feições lindas, porém nubladas pela tristeza, com o desalinho da fadiga de uma longa viagem. E' Zulmira, que atravessa a multidão e apontando para o nubente, que tremulo a contempla, diz em tom de vingança: este homem é meu marido! Todos os rostos cobrem-se de vergonha: o casamento não se realisa. Tal facto, que é verosimil, não tem todos os caracteres de uma tentativa da *polygamia*, incriminada pelo nosso codigo? (9)

---

(9) Respondam os Cordeiros, Paulas Pessoas, Araripes, *et le reste*, para os quaes é inconcebivel a tentativa desse crime.

Mas figuremos que nesse momento extremo, ao rasgar-se o veu que encobria a fraude do marido ingrato, e quando o odio geral já ia-se accumulando sobre a cabeça do criminoso, para exigir a sua punição, a bella Adalgiza é a unica pessoa que não se mostra incommodada ; pelo contrario parece achar prazer naquelle espectaculo, que os outros não toleram. E firme, com ar risonho, sem o minimo signal de intima inquietude, ella diz aos circumstantes:—*engodo contra engodo* ; *eu não sou uma mulher!* —Adalgiza ó com effeito um Ganymedes gaiato, que quiz assim mystificar um misero mystificador. E' claro que, em taes condições, ou se considere a noiva, no crime da polygamia, como meio, ou como objecto do mesmo crime, o que não é ainda uma verdade assentada, a tentativa não existe.

Eu podia, para melhor exemplificar a *impropriedade* do meio do delicto supposto, imaginar que Sua Reverendissima, o ministro celebrante, á semelhança dos bispos estrangeiros, que costumam apparecer entre nós, não fosse realmente um padre; mas a questão, assim proposta, iria talvez parar no *vasto campo* da theologia, que como todos os *vastos campos*, inclusive o da *Samba*, na provincia de Sergipe, só se distingue pela esterilidade, e pelo grande numero de bestas bravas, que nelle pastam (10). Recuei pois diante da terrivel questão, que entretanto o leitor, se lhe aprouver, póde bem levantar e discutir comsigo mesmo.

Uma ultima hypothese illustradora do assumpto. Invertendo, ou modificando a bem conhecida e poetica historia de Piramo e Thisbe, supponhamos que o moço namorado conseguisse da bella Thisbe, que imagino menor de 17 annos, um *rendez-vous* delicioso em lugar êrmo e

---

(10) Refiro-me a um enorme descalvado, que se encontra entre as villas de *Campos* e *Lagarto*. á igual distancia de ambas, com uma extensão de mais de duas legoas de sul a norte e de leste a oeste, e do qual poder-se-hia dizer, em estylo pomposo, que é esteril, como a corôa de um frade, se á grande esterilidade elle não associasse uma grande belleza.

pinturesco, em o qual podesse dizer e desejar, como o poeta :

Que o murmurio da linfa crystallina,
Fallando a sós por baixo do arvoredo,
Abafasse o rumor dos nossos beijos,
Para mais esconder este segredo.

Eil-os chegados ao ponto ajustado. Elle avança, e ella treme... Mas isto é uma affronta ao meu bom Ovidio. Piramo e Thisbe, como Leandro e Hero, são dois mimos da imaginação antiga, que não é licito utilisar para outro fim, que não seja o de reconfortar-se, como o velho David ao calor da sunamitide Abisag, na taça do melhor dos nectares o amor, ainda que della não se receba mais, se não o aroma. E' uma falta de gosto lançar mão de um bronze de Pompeia, uma *Graça* ou uma *Venus*, para destinal-o a serviço de balança. Supponhamos, pois, não que Piramo, porém que um bello moço dos muitos que se exhibem na *rua do Ouvidor*, no Rio de Janeiro, alcance a dita de um *rendez-vous* com a belleza do dia, com aquella menina loura e pallida, que fulge em todos os salões, como uma estrella caudata... de adoradores. O encontro tem lugar no *Passeio publico*, ou melhor.... no *Jardim botanico*. A hora é das mais propicias. Tudo convida, tudo provoca ao delicto,isto é,ao gozo; nem foi para outro mister, que o rapagão bonito, de *croisé* quasi talár, moço faceiro, litterato, palavroso, e até um pouco abolicionista, seduziu a sua *dea*. Ambos se encaram, calados, anciosos, como dois guerreiros que se medem frente á frente. Por um rapido movimento de *coquetterie*, a menina faz soltar-se-lhe o cabello, que róla pelos hombros, como uma toalha de agua limpida, dourada pelos raios do sol poente, que a subita abertura de um dique fizesse precipitar-se por cima de um outeiro, e inunda de perfumes a face do homem que já a tem segura e palpitante em seus braços. Que momento! Mas, oh! dôr! a emoção é tão forte, a posse da felicidade é tão esmagadora, que ao fogo succede o gêlo, e só vê-se, em ultima analyse, uma figura de estafermo, e

junto de uma mulher... outra mulher! O campeão está desarmado; o *meio* do crime ficou em casa; e neste aperto, ainda mais afflictivo que o da *cinta beriberica*, chega o pae da moça, que agarra o bregeiro pela gola para o terrivel ajuste de contas. Apparentemente, o crime deixou de realisar-se, por interpor-se, como causa antagonica, a presença do velho; mas esta causa não foi, no fundo, que gerou o obstaculo á consummação do delicto, a qual, mesmo sem ella, não podia se dar, em virtude da impossibilidade creada pela insufficiencia do *meio*. Por conseguinte a tentativa do estupro, que em outras condições seria admissivel, não se admitte no caso descripto.

Entretanto aqui levanta-se uma questão, que se prende á questão geral da *impossibilidade absoluta e relativa*, concernente ao *conatus criminis*. E' a seguinte: o bom do moço faceiro, lepido, cheiroso como uma casa de perfumaria, ja tinha d'antes o defeito da *invirilidade*, ou este mal lhe appareceu occasionalmente e só por força da emoção sem igual? No primeiro caso, a tentativa não existe, por que além da irrealisabilidade do facto criminoso, accresce que ella não tem a base psychologica do *dolus*. Quem traz no bolço um rewolver sem capsulas, não pode ter seriamente a intenção criminosa de metter, com elle, uma bala na cabeça de alguem. Quem se apresenta na liça, armado de uma *badine*, não presume de modo algum poder esmigalhar de um golpe o craneo de seu adversario. No segundo caso, porém, é que o *conatus* apparece. A profundeza e intensidade da emoção produzida pela posse dessa ave azul, que se confunde com o azul do céu, e que chamamos o *impossivel*, bella encantada avesinha, cujo desemcanto não raras vezes consiste em tomar a fórma de uma mulher, a força de tal emoção, sendo capaz de neutralisar os impetos da *carne*, como dizem os padres, é uma daquellas circumstancias, independentes da vonttade, que entram na comprehensão da ideia da tentativa. Assim quando affirmei que, na hypothese dada, o bom do moço seductor não era criminoso, foi presuppondo que, além da excitação nervosa do momento, ainda elle padecesse de fraqueza viril proveniente, quer alguma affecção morbida, quer do abuso dos banhos aromaticos, dos cosmetico

e fricções, muito em voga entre os homens da côrte, por via de regra indolentes e effeminados pela influencia deleteria, que sobre elles exerce a temperatura pyretica da atmosphera imperial. (11)

O que se diz da impropriedade ou inefficacia dos meios, é igualmente certo a respeito da inaptidão ou impropriedade do objecto para a realisação do delicto.

Não dissimúlo haver criminalistas que pelejam com mãos e pés contra esta theoria. Felizmente, porém, o que elles escrevem não tem pés nem mãos; e ás vezes acontece que são incoherentes, para não se tornarem ridiculos. Basta citar o exemplo de Schwarz. Este jurista regeita a impunidade da tentativa, na hypothese do meio ou do objecto *improprio*, pela unica rasão, que aliás é commum a todos os seguidores da mesma doutrina, de ser, nessa hypothese, a intenção criminosa igual á que se manifesta na tentativa ordinaria. O elemento subjectivo do crime, —pensa elle, não soffre a minima alteração pelo erro que leva o agente a servir-se de um meio inapropriado ou a exercer a sua acção sobre um objecto incapaz de a receber. (12)

Sim, senhor, concedo que assim seja; mas tambem reclamo que se respeite a logica, e esta exige, em taes condições, que os feiticeiros, por exemplo, fiquem inscriptos no circulo da lei penal, não em nome da religião, como outr'ora, mas em nome da sciencia, que deve considera-los verdadeiros criminosos. Por que não? Que differença existe entre o facto de descarregar sobre outrem uma espingarda sem *carga* e o de lançar-lhe um sortilegio, ambos no intuito de pôr termo á vida? Schwarz não é capaz de aponta-la. E tanto não é, que, em plena consciencia da difficuldade, querendo evitar a pécha de inconsequente, creou uma classe á parte de crimes tentados por *meios supersticiosos*, a respeito dos quaes

---

(11) Não esquecer que o auctor falleceu em Junho de 1889, ainda em tempo do imperio. (S. R.)

(12) *Commentar zum Strafgesetzbuch*—pag. 126—*Handbuch des deutschen Strafrechts in einzeln Beitärgen*—II—pag. 290—e seguintes.

desapparece a ideia da tentativa (13). Praticar, por *engano*, uma acção inefficaz, acreditando entretanto que ella póde sortir todo o seu effeito, é o mesmo que pratica-la por *superstição*, pois que o *supersticioso* não crê menos que o *enganado* nos resultados de seu acto. *Superstição e engano*—são ambos factos subjectivos, phenomenos complexos, que lançados na retorta metachimica da analyse psychologica, dão identico resultado, isto é, reduzem-se a um simples illogismo, pelo qual se confere a um sujeito um predicado, que lhe não compete, ou se attribue a uma cousa qualidades, que ella não tem. Quer n'um, quer n'outro caso, o *dolus facto contrarius* ou o *factum dolo contrarium* permanece inalterado. Se a doutrina subjectivista dá todo o peso á má fé, na hypothese da tentativa mallograda, *exempli gratia*, por ministrar-se erradamente *assucar* em vez de *arsenico*, porque não tê-la em conta igual, quando se trata de um mallogro do mesmo genero, por pretender-se matar ou causar a outrem qualquer mal, fornecendo-lhe *raspa de unha*, *cabello queimado*, ou outra semelhante *dosagem* do receituario da feiticeria? Escapam á minha percepção os signaes da differença, que possa haver entre os dois phenomenos, e que determine, dest'arte, um modo diverso de aprecia-los juridicamente. Considero-os reductiveis ao commum denominador da tentativa frustrada pela impropriedade dos meios, assim como do objecto.

Este ultimo offerece, é verdade, maiores embaraços á solução pratica do problema; porém isto não quer dizer que a theoria seja falsa. A falha do crime, pela ausencia de objecto adaptado, não é só logicamente concebivel, mas tambem de facto realisavel. O viajante nocturno que imaginando ver diante de si a perigosa figura de um salteador, que o espera para rouba-lo, faz fogo contra ella de toda a munição de seu coldre, mas a final reconhece que o projectil dirigio-se a um velho tôco, ou a uma palma de *burity*; não repugna ao bom senso faze-lo reu de tentativa de morte? Incontestavelmente. E

(13) *Commentar*... pag. 127.

que diremos do individuo, que armado de instrumentos aptos para arredar os obstaculos supervenientes á pratica de um furto, ao pôr a mão na porta, que elle tenta forçar, encontra-a destrancada, e ao tocar na gaveta, onde suppõe achar um thesouro, encontra-a tambem aberta, e, o que mais é, vasia como a algibeira de um fidalgo preguiçoso ? E' ahi por ventura admissivel o *conatus*? Não de certo. Os actos praticados chegam apenas para revelar a intenção criminosa ; mas não ha principio de execução. Desde o seu primeiro momento genetico, o crime é impossivel ; e não se concebe que offensa, publica ou particular, possa advir do tentamen de uma impossibilidade. Ao muito, factos de tal ordem podem dar logar aos expedientes preventivos, porém nunca ao emprego de medidas punitivas que serão sempre, no caso, erroneas e injustas.

VIII

Do Mandato Criminal

Qual a extensão da ideia do mandato, de que trata o art. 4º do Codigo Criminal ?

O nosso Codigo Criminal, seja este logo o meu primeiro asserto, do qual não posso dizer se envolve um elogio, ou uma critica, em todo caso, porém, não deve causar estranheza, pois ahi vae uma verdade quasi de geral noticia, o nosso Codigo, repito, em muitas de suas disposições, produz uma impressão de epigraphia millenaria, de velhas e gastas inscripções lapidares. Bem como a estas, não poucas vezes, faltam lettras e palavras, que só ao esforço e paciencia dos epigraphistas é dado restabelecer, assim falta ao Codigo Criminal brasileiro um grande numero de conceitos e achados da sciencia do direito penal, que sómente uma san doutrina e uma praxe regular estão no caso de supprir (1). E' certo, e eu concordo, que os limites theoreticos do direito não coincidem com os artigos de uma lei, ainda mesmo a mais comprehensiva e a mais cheia de detalhes, porem isto não é bastante para explicar, e muito menos justificar a chocante anomalia de serem ainda possiveis entre nós, de erguerem-se entre nós ainda questões, que não são taes, que difficilmente deixar-se-hiam suscitar no dominio da legislação penal de outros paizes.

Neste caso se acha a questão acima proposta. Só diante do laconismo e estreiteza de ambito da respectiva disposição do Codigo, é que a ideia do mandato,

(1) O que eu aqui entendo por *praxe*, não é a parte ceremonial e burlesca, mas a parte dramatica do direito,—é o direito em acção. (Não esquecer ainda uma vez que o auctor se refere ao antigo Codigo Criminal. O novo ainda *natus non erat*. S. R.)

considerada em suas relações quantitativas e qualitativas, ou como dizem os logicos, considerada em sua extensão e em sua comprehensão, pode assumir uma feição problematica. Feição anachronica, sem duvida, porque importa reduzir a um *status causæ et controversiæ* mais de um ponto liquido e assentado na sciencia, mas assim mesmo seria, muito mais séria, do que os termos da questão induzem a suppor. O que ahi se faz notar como já um pouco fóra de tempo e alguma cousa atrazado, é por culpa unicamente do legislador criminal, que traçou artigos insignes de concisão, excellentes para ser, por ventura, gravados nos cópos de uma espada, ou até na pedra de um annel, mas não para abraçar todas as variações phenomenicas do crime, nem para satisfazer de prompto as exigencias crescentes do espirito scientifico.

Entretanto importa declarar: a questão, de que me occupo, não é uma semente lançada no terreno esteril da pura especulação. Não se trata de pôr em jogo velhas ideias aprioristicas de um direito criminal abstracto.

E' uma questão, pelo contrario, meramente positiva, levantada nos dominios do direito positivo. Tanto melhor, digamol-o entre parenthesis, tanto melhor para quem, como eu, reconhece na positividade o caracter essencial de todo e qualquer direito, e não admitte outros principios racionaes do justo, que não sejam os resultantes de um lento processo de estratificação historica no desenvolvimento geral das sociedades humanas.

Dest'arte circumscripta ao circulo da observação e da inducção, tanto quanto é compativel com uma sciencia de operações preponderantemente deductivas, como é o direito, a questão presente tem pelo menos um merito sobre outras de igual genero: é não dar azo ao palavreado, não obstante conter materia sufficiente para um serio e profundo estudo. Encaremol-a pois mais de perto.

I

Perguntar qual é a extensão da ideia do mandato, de que trata o art. 4 do Codigo Criminal é o mesmo que perguntar quaes são os factos da ordem juridico-penal, que devem ser subordinados á categoria daquella fórma do crime alli mencionada. Mas indagar quaes são esses factos não consiste em um simples processo arithmetico, em uma *simplex enumeratio*, como diria Bacon, de casos reaes ou possiveis, que satisfaçam as exigencias conceituaes do mandato. Digo sómente *conceituaes*, porque *legaes* não existem ; o codigo não as prescreveu. Indagar quaes são esses factos importa sem duvida uma pesquiza de maior alcance, em nada menos que um trabalho expositivo, interpretativo e, até um certo ponto, completivo da respectiva letra da lei.

Logo, é claro, a nossa questão se poderia bem enunciar nos seguintes termos — «expor, interpretrar e completar, segundo os principios reguladores da exposição das leis penaes, o art. 4 do Codigo Criminal, na parte que diz respeito ao mandato». Mas nesse mesmo trabalho expositivo, interpretativo e completivo, è que consiste a funcção de commentar qualquer disposição legal.

Logo, tambem é claro, a nossa these ainda se poderia simplificar e exprimir assim :—commentar no que pertence ao mandato, o art. 4 do Codigo.

E é justamente um commentario, não uma *dissertaçãò* no sentido academico e usual da palavra, o que eu pretendo escrever. Tenho sempre em mente o que já disse um escriptor francez: La dissertation est verbeuse de sa nature; elle est rarement exempte de pédanterie; l'auteur y étale avec complaisanse tout ce qu'il sait; bem que isto não queira dizer que a pedanteria, segundo o modo commum de comprehendel-a, a *étalage* de conhecimentos, seja sempre digna de censura. Ante esta erronea opinião, ante este ridiculo escrupulo de *coquetterie* litteraria, não é menos razoavel o parecer de R. Dietsch: Nur Verkennen des wahren Wesens der Wissenchaft könnte vielen den Vorwurf der Mikrologie und der zu

grossen Specialität machen—« Só o desconhecimento do verdadeiro espirito da sciencia poderia levantar contra muitos escriptores a accusação de *micrologia* e demasiado especialismo.» A verdade está pois no meio termo. E' o caminho do meu trabalho. A execução póde ser má, porem o methodo seguido é o unico regular.

Depois de estabelecer como presupposto logico do crime a necessidade de uma lei anterior que o qualifique (art. 1), e como presupposto psychologico do criminoso o conhecimento do mal e a intenção de o praticar (art. 3); depois de differenciar o conceito do crime, dividindo-o em quatro especies ou ordens diversas (art. 2 e §§), o Codigo passa a fazer tambem uma differenciação do conceito do criminoso, dividindo-o por sua vez em duas classes precipuas: — *autores* e *cumplices* (arts. 4 e 5). Nestes limites, não ha duvida, a nossa lei penal é um modelo de simplicidade. Mas nem sempre a simplicidade exclue a imperfeição. Pelo menos é certo que o seu ponto de vista identifica-se com o dos velhos criminalistas latinisantes, os quaes tambem concebiam a delinquencia sob as unicas fórmas da autoria e da cumplicidade (2), aquella attribuida a todos os... *qui causam dant criminis*, e esta a todos os... *auxiliatores*; sendo porém de notar que a proposição synthetica — *qui causam dant criminis*—é muito mais clara e comprehensiva do que a disposição tripartita do artigo 4 do Codigo. Porquanto, ao passo que alli o conceito da autoria tem uma base philosophica na larga e fecunda ideia da causalidade, vemol-o aqui subordinado e restricto a tres ordens de factores ou grupos de sujeitos, que não abrangem logo intuitivamente toda a extensão generica das causações criminosas. E d'ahi o estado de permanente controversia nas questões da applicação pratica do referido artigo.

Com effeito, diz elle: «São criminosos como autores os que commetterem, constrangerem ou mandarem alguem commetter crimes» — Muito bem, se estas tres ultimas proposições, ou por assim dizer, estes tres segmentos déssem a somma do circulo inteiro da realidade dos factos.

---

(2) Rossirt — *Entwicklung der Grundsatze des Strafrechts*, 253.

Não é porém dubitavel que tal condição tenha sido preenchida ? O codigo não parece lacunoso? Considerado como uma definição da autoria, o art. 4 é uma fonte de disputas, pois que o sujeito se mostra mais extenso que o attributo. Na simples expressão— os *que commetterem*, por menos questionavel que ella pareça, ha sempre motivo de duvida. Ninguem hesita, é verdade, sobre o que seja e em que consista o facto de *commetter um crime*. As modalidades são innumeras, porém a fórma é uma só, a de praticar a acção criminosa por sua propria conta, de modo que a vontade do delinquente é a causa unica do delicto. Mas isto não basta para deixar tudo liquido. Os casos de coautoria immediata, em que muitos individuos se reunem para a realisação de um crime, que entretanto um sómente dentre elles é sufficiente para commettel-o, e de facto commette-o, como serão devidamente apreciados, de accordo com o codigo, se este não póz em relevo a ideia de tal coautoria ? Qualquer dos associados é um autor perpetrante, ou dado o crime, na hypothese figurada, por um só do grupo, ficam os outros para com elle na relação de cumplices? A doutrina está assentada sobre este ponto ; mas ninguem dirá seriamente que o codigo o tenha collocado acima de qualquer contestação.. O mesmo acontece com a autoria dos que *constrangem*... Não é que eu julgue digna de nota a falta de distincção entre o constrangimento *physico* e *psychico*, falta que aliás parece ter sido supprida pelo § 3 do art. 10, ainda que me incline a crer que ahi mesmo se trata sómente do constrangimento psychico, pois o physico, pela nimia raridade, não estava no caso de uma inducção juridica : *ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt*. Nem tambem faço cabedal de se acharem confundidas a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*, desde que praticamente os resultados são os mesmos. Ou trate-se de uma coacção de tal arte, que fica sempre livre ao coagido reagir contra ella, caso em que o *constrangente* póde entrar na categoria do *mandante*, ou se trate de um constrangimento absoluto, que não deixa espaço para a liberdade, em ambos os casos o constrangente é criminoso como autor. Porém a cousa não

é assim tão simples, como se suppõe. Os factos de constrangimento absoluto podem complicar-se de uma circumstancia particular, que gera uma questão difficil, até hoje ignorada pela sciencia e pela praxe (3). Eis aqui: existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado como agente punivel aquelle que praticou mesmo physicamente a acção externa, que contém os caracteres objectivos desses crimes, nos quaes, por conseguinte, não se concebe que o autor punivel possa utilisar-se da actividade de outra pessoa como meio de executar o acto exterior criminoso. Estes crimes são, entre outros, os mencionados nos arts. 169,221,249 e 250 do Codigo.

Comprehende-se facilmente que alguem possa commetter um homicidio, forçando, por exemplo, uma enfermeira a dar ao seu enfermo, em vez de remedio, veneno. Comprehende-se a possibilidade de falsificar-se um documento, de subtrahir-se um papel verdadeiro, por meio de outrem, que a isso se constrange. Mas não é igualmente comprehensivel que se possa commetter um perjurio ou um incesto, por intermedio de outra pessoa, que constrangidamente os pratica. Esta differença conceitual dos delictos envolve, como se vê, uma questão momentosa, com a qual entretanto não é aqui o lugar proprio de occupar-me, segundo a sua importancia. Enunciei-a sómente como um exemplo da difficuldade enorme em que nos collocam o litteralismo juridico, não permittindo que certas lacunas da lei sejam suppridas por outro caminho que não o da reforma, e o *chauvinismo* nacional, para quem o Codigo é um *chef d'œuvre* da sabedoria humana, cuja reformabilidade é tão incomprehensivel como a do decalogo.

Além dos que *commetterem* e dos que *constrangerem* são ainda criminosos, como autores, conclue o art. 4. os que *mandarem alguem commetter crimes*. E' o ponto central da nossa these. Já vimos que a autoria immediata, a autoria propriamente dita, manifesta-se debaixo de um só schema: o de perpetrar o agente a acção

---

(3) Gamp.—*Gerichtssaal*—Bd. XXVII—72.

punivel por si mesmo, sem o antecedente causal da vontade de outrem ; assim como o constrangimento se dá sob duasfórmas unicas, a *physica* e a *psychica*, sendo que cada uma dellas é ainda manifestavel sob uma duplafórma, o da *vis absoluta* e o da *vis compulsiva*. Quaes são agora os *modos de ser* da autoria pelo mandado? Eis questão.

II

Logo em principio importa observar que o Codigo não usa mesmo da expressão — *mandato* ; foi a doutrina que a creou e introduziu na praxe. Mas em vez de esclarecer, a doutrina concorreu, dessa maneira, para turvar a ideia da cousa ; porquanto, já existindo determinado na esphera juridico-civil o conceito do mandato, como uma das fórmas que tomam as relações contractuaes, era facil transportal-o ao dominio do direito penal, e provocar dest'arte, como de facto, a mais estranha confusão. O mandato criminal ficou assim reduzido a proporções acanhadas, e muito aquem dos limites, que lhe foram, segundo supponho, traçados pela propria lei.

Com effeito, o Codigo diz que são tambem criminosos como autores os que... « mandarem alguem commetter crimes ». Mas que é e em que consiste mandar alguem commetter um crime ? A casuistica ordinaria do mandato, isto é, a figuração dos diversos modos, porque se póde mandar alguem praticar uma acção ou omissão punivel, não esgota a ideia contida nessa disposição, se não é que se pretenda attribuir ao legislador uma estreiteza mental digna de lastima. Eu creio que elle não pensou claramente até onde podia estender-se, no mundo dos factos, a participação criminosa do mandante ; mas não é crivel que elle tenha querido restringir a tal ponto a ideia do mandato, que bastasse uma dóse de habilidade a cima do commum para o autor intellectual de um delicto desviar de si o raio da justiça. E' preciso ás vezes estabelecer esta distincção entre o pensamento e a vontade do legislador, sem o que não ha meio de justifica-lo em mais de um ponto, que se apresenta como erroneo e extravagante.

Na formação e applicação da lei, o legislador *induz* e o juiz *deduz*. A' sciencia compete ratificar as inducções de um e esclarecer as deducções do outro.

E' fóra de duvida que o nosso legislador criminal exerceu mal a sua funcção logica, entendendo subsumir ou induzir sob a expressão *os que mandarem alguem commetter crimes* todos os casos, em que um homem influe, persuade e determina outrem á pratica de uma acção criminosa. Nenhuma das diversas accepções classicas do verbo — *mandar* — é bastante comprehensiva para constituir uma synthese desses casos (4). Mas é tambem certo que elle não quiz, nem podia querer, a impunidade de um sem numero de factos, visivelmente delictuosos, sob o pretexto de não darem no molde ordinario de uma *ordem, commissão ou encargo* directo para alguem os perpetrar.

Talvez se me objecte que ahi mesmo é que reside a questão, isto é, em saber se os autores mencionados na ultima parte do art. 4 vão além dos que *ordenam, commissionam* ou *encarregam* outrem da perpetração de um crime; objecção esta que ainda póde ser reforçada pela consideração de ficarem comprehendidos na amplitude do art. 5 todos os que, não obstante provocarem a ideia do delicto e seu commettimento, não se deixam todavia medir por aquella bitóla. Porém isto é inacceitavel. Admittindo, por hypothese, que o Codigo tivesse querido realmente limitar, como figuramos, a autoria do mandante, o que elle teve em mira, nesses limites mesmos, punir mais fortemente que qualquer outra participação delictuosa, e elevar, por assim dizer, á segunda potencia da criminalidade, não foi por certo a *fórma* dessa autoria, mas sómente o seu *conteúdo*. Ora este é o facto da juncção de duas causas voluntarias e livres, influindo uma sobre outra, para produzir um phenomeno criminoso. Mas esta causação complexa não se dá unicamente pelos modos indicados. Qual seria pois a razão, porque o Codigo devesse restringir assim o circulo da autoria mediata, como

(4) Vide — Aulette — verbo *mandar*.

quem attribuisse mais peso ao accidente do que á substancia do crime?

« Quando o legislador, diz Merkel, opéra com ideias, que não se acham desenvolvidas dentro do espaço da legislação, não incumbe ao jurista immergir-se na alma delle e tirar de lá a definição e fixação dos conceitos questionados. Por quanto o silencio do legislador não póde ter o sentido de uma proposta de enigmas. Esses conceitos ou fazem parte da sciencia, ou entram no dominio intellectual do povo. O legislador indicando-os, sem exprimir um modo particular de comprehende-los, sancciona a intuição que vigora na esphera, a que elles pertencem (5) ».

Tal é pouco mais ou menos o nosso caso.

Ao tempo da confecção do Codigo, a ideia do mandato em materia criminal era uma dessas que não se achavam bem desenvolvidas dentro do espaço da legislação; mas já a sciencia tinha chegado a alguma cousa de certo e determinado neste sentido. Não era licito ao nosso legislador interromper a continuidade do desenvolvimento juridico e presuppor para esse e *outros* conceitos do genero uma extensão inferior áquella que a sciencia lhes reconhecia. Nós tinhamos, é verdade, um meio efficaz de tirar a limpo a intenção do legislador; era recorrer ás *fontes* directas do Codigo e assistir de novo á sua genese, pela leitura das discussões parlamentares; porém os fastos do parlamento são pauperrimos de dados instructivos a tal respeito. (6)

Resta-nos pois, sem que aliás tomemos o *trabalho* de mergulhar na alma de quem fez a lei, sómente apreciar os materiaes que estavam ou podiam estar á disposição do legislador, para *formular* o artigo do Codigo, a que nos referimos, e na parte que nos interessa.

O mandato criminal já existia na velha legislação

---

(5) Holtzendorff's *Handbuch des deutschen Strafrechts* — II, 72.

(6) O que, a meu vêr, appareceu de mais *significativo* na occasião em que se tratou de semelhante assumpto, foi a offerta feita á Camara por José Silvestre Rebello de um exemplar do Codigo Criminal da Luiziana (*Sessão de 12 de Maio de* 1830).

portugueza, a que eramos sujeitos, e justamente nos termos em que o nosso legislador o admittiu, quero dizer, como um equivalente da autoria physica.

A Ord. do Liv. 5.° tit. 35 — pr. e § 1 falla de qualquer pessoa «que matar outra, ou *mandar* matar»—bem como de «toda a pessoa que a outra dar peçonha para a matar, ou lh'a *mandar* dar». Já se vê por tanto que o Codigo brasileiro, desviando-se, no modo de comprehender o mandato, da doutrina consagrada pelo *Code pénal*, que em alguns outros pontos lhe serviu de modêlo, não teve outro merito senão o de manter-se no terreno da historia.

O que ha de proprio e original de sua parte é a maior generalidade da formula legal, traçada para todos os crimes e não para esta ou aquella especie sómente.

Porém no seio da velha legislação mesma já a ideia do mandato, em sua significação primitiva de *ordem* ou *encargo* directo de commetter um crime, se *havia* differenciado e assumido outras formas. E' assim que a citada Ord. do Liv. 5.° tit. 54 pr., tratando do falso testemunho, diz que a mesma pena do perjuro haverá o que *induzir, e corromper* alguma testemunha, *fazendo-lhe* testemunhar falso.... Nestas condições, não é crivel que, quando a lei antiga formára uma ideia mais larga da autoria intellectual, não a limitando ao simples mandato, o Codigo brasileiro retrocedesse alguns seculos, e fôsse collocar-se quasi no ponto de vista da primeira phase evolucional do direito em tal assumpto.

Mas não é tudo. Nada obstava que o legislador criminal, por força de um liberalismo ignorante ou de uma ignorancia liberalisante, que estava então na epoca de sua melhor florescencia, entendesse realmente dever abandonar os presuppostos historicos de um novo direito penal, como barbaros, despoticos e em regra menos favoraveis ao criminoso do que á sua victima, e quizesse tomar outro ponto de partida. Admittamos pois que assim fôsse, e que o legislador não tivesse com effeito querido dar á autoria intellectual se não o sentido estricto do mandato. Qual seria a consequencia? E' que elle teria saltado por cima de millennios, e revestido d'esta arte um

caracter de anterioridade ao proprio direito romano!.. Retiro a hypothese; a consequencia é absurda. Vamos a provas mais positivas.

III

A ideia da participação criminosa ou da codelinquencia não era desconhecida dos romanos. Mas levanta-se a questão de saber se o respectivo direito estabelecera o principio geral de uma punição contra toda e qualquer participação do crime; e ha quem responda negativamente. Entre outros, Rein assim se exprime: « O direito romano não tinha um principio geral sobre a penalidade do autor e dos mais concurrentes, como em regra os romanos não gostavam da generalisação; mas elle dava para cada crime determinações especiaes, e na maioria delles collocava a actividade do autor e dos participantes nas mesmas condições de penalidade; o que se explica pelo facto de que o direito romano, logo que deixou atrás de si o primeiro grau do seu desenvolvimento, entrou a dar menos valor á relação objectiva do que á manifestação da má vontade » (7). E nesta opinião Rein é secundado por Hälschner, que tambem diz: « O direito romano é de pouca importancia para a doutrina da codelinquencia; ainda que o facto de um *concursus plurium ad delictum* não lhe tenha escapado, ainda que em geral elle faça menção dos *socii* e mais detalhadamente do provocador e dos auxiliadores do crime, todavia falta-lhe o conhecimento da distincção essencial da culpa dos diversos participantes, tanto que todo o interesse concentra-se em saber quem é, em regra, punivel como autor, ao passo que a differença conceitual das especies de participação é posta de lado» (8).

Entretanto, por mais respeitaveis que me pareçam os dois escriptores citados, sinto-me obrigado a rejeitar as suas opiniões. E isto, ainda quando me achasse sosinho no modo de vêr contrario. Porém felizmente não

---

(7) *Criminalrecht der Romer*—185.

(8) *Systhem des Preuss. Strafrechts.* Bd. 1—301.

estou só. Em primeiro lugar, e em favor da ideia de que os romanos não foram tão maus criminalistas, quanto aquelles escriptores parecem suppor, eu encontro apoio na autoridade de Köstlin, que se exprime desta maneira: « Não raras vezes ouve-se affirmar que o direito penal foi tratado com escassez pelos juristas romanos. Mas isto sem razão. Neste dominio elles prestaram e deram tudo que podia-se esperar de taes espiritos. Uma grande parte do direito penal romano está intimamente ligada com o direito privado, e é ahi exactamente que as *fontes* romanas correm tão abundantes, como em qualquer das partes mais bem elaboradas do seu direito » (9). Em segundo lugar, e no que toca em particular á questão da codeliquencia, maximé da autoria intellectual, basta que os textos tenham quem os interpelle. O trabalho é penoso, porém fecundo.

Bem antes que os juristas dos tempos modernos chegassem a construir uma theoria completa sobre o assumpto, já os romanos haviam-na formulado e traduzido na pratica, dando á concurrencia moral e autonomica, na esphera criminal, o mesmo valor juridico da autoria physica ou autoria propriamente dita. E' verdade que a participação positiva não apparece no direito romano sob uma forma geral para todos os delictos; mas nota-se que todas as especies de influencia, que se possa prestar á acção dos outros, foram ahi tomadas na devida conta. Os exemplos são em grande numero, porém limito-me aos seguintes, tirados do disposto a respeito de crimes bem diversos entre si.

Assim lê-se na L. 11. D. *De injuriis et famosis libellis*—(47, 10) Non solum is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit, verum ille quoque continetur, qui *dolo fecit* vel qui *curavit*, ut cui mala pugno percuteretur. (Comparar com Inst. liv. 4. tit. 4. § 11.)

Do mesmo modo:—L. 15 D. *ejusdem tituli*.—Ait prœtor: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse *cujusve opera* factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum judicium dabo.

---

(9) *Lehre vom Morde und Todschlag*—17

Assim tambem:—L. 4 § 4 D. *Vi bonorum raptorum et de turba* (47,8)—Hoc autem edicto tenetur non solum qui damnum in turba dedit, sed et is, qui *dolo malo fecerit*, ut in turba damni quid daretur.

Mais ainda:—L. 1 § 1 D. *Ad legem Juliam majestatis* (48,4)... quo tenetur is, cujus *opera dolo malo* consilium initum erit.

Não fica ahi. L. 5 D. *de extraordinariis criminibus* (47,11) In eum cujus *instinctu* ad infamandum dominum servus ad statuam confugisse compertus erit, etc.

E mais: L. 7 D. *Ad legem Juliam de vi publica* (48,6)... de vi publica tenetur, qui necaverit vulneraverit *jusseritve* quid fieri.

L. 7. § 4 D. *Arborum furtim cæsarum* (47,7) Sive autem quis suis manibus, sive dum *imperat* servo arborem cingi subsecari cœdi, ac actione tenetur. Idem et si libero *imperet*.

No mesmo circulo de ideias:—L. 11 § 5 D. *De injuriis et famosis libellis* (47,10) Si *mandatu* meo facta sit alicui injuria, plerique aiunt tam me *qui mandavi* quam eum qui suscepit injuriarum teneri. Proculus recte ait si in hoc te *conduxerim*, ut injuriam facias, cum utroque nostrum injuriarum agi posse, quia *mea opera* facta sit injuria. Idemque ait et si filio meo *mandavero*.

L. 5 Cod. *De accusationibus et inscriptionibus* (9,2)... prœter principalem reum, *mandatorem* quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est.

L. 1. D. *Ad legem Juliam peculatus* (48,13)... ne quis ex pecunia... auferat neve in rem suam vertat *neve faciat*, quo quis auferat, etc.

L. 8. 32 § 1. D. *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis.* (48,5)—Qui domum suam, ut stuprum fieret, sciens prœbuerit vel quœstum ex adulterio uxoris suæ fecerit,—*quasi adulter* punitur·—Non tamen prohibetur accusator... eum quoque accusare, qui domum suam prœbuit vel *consilio fuit*, ut crimen redimeretur.

L. 50 § 1. D. *De furtis* (47,2) Consilium autem dare videtur, qui *persuadet et impellit atque instruit* consilio ad furtum faciendum...

L. 1. D. *De lege Pompeia de parricidiis* (48,9).. si quis patrem matrem... occiderit *cujusve dolo malo* id factum, erit, etc.

Finalmente: L. 15. D. *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* (48,8). Nihil interest, occidat quis au *causam mortis prœbeat.*

Do exposto é facil de inferir que ideia formavam, e que importancia attribuiam os romanos á participação intellectual. As expressões—*cujus ope, consilio, cujus dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit,* e outras que apparecem em quasi todas as *leges judiciorum publicorum,* são caracteristicas da maneira por que elles comprehendiam o papel dos instigadores, provocadores e maus conselheiros na genetica do crime. Não era sómente pelo *mandatum* ou pelo *jussus,* que podia dar-se o correato da instigação, punivel com as mesmas penas impostas á acção principal. Mas todos os modos, directos e indirectos, porque alguem induzia outrem, fazia que outrem *(fecerit, ut)* commettesse este ou aquelle delicto, entravam na comprehensão da autoria moral. Isto é claro e indubitavel.

Posto de parte o direito canonico, em mais de um ponto influenciado pelo direito romano, porem sempre dirigido pelo principio da subjectividade e attendendo menos para o *crime* do que para o *peccado,* é licito affirmar que a ideia romana da participação criminal, como acabamos de a expôr, achou apoio no espirito das epocas e legislações posteriores. A velha escola juridica italiana, representada por nomes, como, entre outros, Clarus e Farinacius, foi quem primeiro sujeitou o conceito da codelinquencia a uma dialectica rigorosa. Julius Clarus principalmente, em seus *Sententiarum receptarum libri quinque,* firmou a doutrina, sob o ponto de vista triplice do *consilium,* do *mandatum* e do *auxilium.* E não deixa de ser notavel que muita cousa do que elle disse, ha mais de trezentos annos (1560), ainda hoje goze, entre os criminalistas, de geral acceitação, quando não acontece que alguns, menos lidos do que é preciso, dêm como verdade nova e descoberta propria aquillo que o illustre contemporaneo de Giordano Bruno já considerava liquido e

esclarecido. (10) Farinacius, por sua vez, occupou-se da questão e fê-la render, applicando-lhe uma larga casuistica, em relação a todos os *persuadentes, inflammantes, instigantes, hortantes, incitantes et instruentes, nam persuasio, inflammatio, instigatio, hortatio, instructio, nom differt a consilio*. E o conselho, segundo elle, de accordo com Clarus, equivalia ao mandato no sentido de se dever impor ao conselheiro a mesma pena que ao autor aconselhado. Farinacius, pode-se dizer, deixou assentada a doutrina do conselho; e a elle remontam (1581) muitas ideias, que hoje são triviaes na theoria e na praxe criminal. (11).

Passando ás mãos dos criminalistas succedentes, a doutrina da autoria mediata póde ter-se enriquecido intensiva, mas não extensivamente. Foi assim que, por exemplo, Benedicto Carpzow, a quem a sciencia é devedora de não poucas acquisições, manteve os dados de seus antecessores italianos, apenas addicionande-lhes alguma cousa de novo sobre a theoria da *receptatio*. Desta arte a ideia do mandato, quero dizer, da autoria intellectual, em sua evolução historica, entrou no dominio dos tempos e dos Codigos modernos.

IV

Na serie das leis penaes do vigente seculo, o Codigo Criminal brasileiro occupa, chronologicamente, um lugar intermedio; e è muito provavel que dos seus antecedentes fosse ao *Code penal* sobre tudo, que elle pedisse inspirações. Isto até naquelles artigos, que divergem

---

(10) Por exemplo: —Benoit Champy, em sua monographia sobre a cumplicidade, que não deixa de ser interessante, parece exultar de haver creado uma fórmula para distinguir o autor do cumplice; e é a seguinte: —o facto em questão deu nascimento ao crime, ou sómente facilitou-o?—No primeiro caso, co-autoria; no segundo, cumplicidade. Ora este modo de vêr, que Champy ingenuamente chama—*noire theorie*, —Julius Clarus jà o conhecia até aos detalhes!...

(11) Entre outras, a expressão e a ideia de *corpo de delicto*: — Inquisitionem non posse contra aliquem formari, nisi constet de *corpore delicti*, dixi.

do modelo, e nos quaes se nota, como no art. 1, um intuito allusivo ao legislador francez. Nem sempre o nosso Codigo foi feliz nessas divergencias; mas tambem é innegavel que o legislador teve seus momentos de bom senso juridico, desviando-se de proposito da trilha do *Code penal*. Foi assim na delimitação dos conceitos de *autoria* e *cumplicidade*. Ao passo que o direito francez restringira uma aos actos executivos ou de concurrencia material e directa para a execução de um crime, e a outra aos actos de participação secundaria, como elles são definidos no art. 60 do *Code*, a nossa lei penal afastou-se desta norma, distribuindo os autores em tres classes, e não dando a cumplicidade outro caracter juridico se não o de ser, genericamente, a concurrencia directa para a execução de um crime por meios diversos dos meios cooperativos, já elevados á posição de autoria. E ao passo tambem que pela lei franceza o mandato ficou sendo um modo de funccionar como cumplice, pelo nosso Codigo, ao contrario, o mandato veio a exprimir uma funcção de autor. Verdade é que, na pratica, esta differença entre as duas legislações quasi não tem importancia, em virtude do principio de assimilação penal de cumplices e autores, seguido pelo *Code*. Mas, mesmo assim, permanece incontestavel que o nosso legislador andou mais bem avisado na sua maneira de apreciar a criminalidade do mandato.

Não cabe, por ser estranho á nossa questão, fazer a critica das vistas contrarias á doutrina consagrada pelo Codigo. O que nos importa, é mostrar que o mandato, considerado por elle como *causa sufficiente para produzir o effeito criminoso*, como diria A. Feuerbach, isto é, o mandato, qualificado de autoria, não vai sómente até onde chegam as ideias, que vulgarmente acompanham essa palavra, porém muito além. Os motivos que puderam determinar o legislador a conferir á actividade mandante um augmento de valor juridico sobre a cumplicidade em geral, são os mesmos que me determinam a crer que a ultima parte do art. 4 é muito mais ampla, do que a letra da lei parece significar.

Esses motivos foram hauridos na relação de causalidade que existe entre a acção do mandante e o delicto,

mediatisados pela acção do mandatario, e nestas condições não ha razão de suppor que outros factos, onde se estabelece uma relação identica, deixem de ter os caracteristicos da autoria, só porque a linguagem vulgar não lhes dá o nome de mandato.

Para que um homem seja responsavel por um phenomeno offensivo do direito, é antes de tudo preciso que entre uma acção ou omissão do mesmo homem e o phenomeno criminoso haja um *nexo causal*, isto é, que uma acção ou omissão sua seja causa mediata ou immediata desse facto. Ora, é por força deste principio que o mandante, no sentido ordinario da expressão, é responsavel pela acção criminosa do mandatario. Mas só se diz que um homem é causa da acção de outrem, quando elle, intencional ou não intencionalmente, o *determina* de qualquer modo a pratica-la.

Não é portanto admissivel que o legislador tivesse considerado como o unico modo de ser causa moral de um crime alheio, de *determinar* alguem a perpetrar um crime, o mandato em termos restrictos, o mandato *imperativo* ou *de commissão*. (12)

Dir-se-ha talvez que esta maneira de interpetrar é por extensão analogica, incabivel no direito criminal. Mas eu declaro alto e bom som que não tenho, como os criminalistas francezes e seus epigonos, um *santo horror* da analogia (13). Não conheço no genero maior extravagancia.

Hegel disse uma vez que um juizo acertado, quando succede tornar-se bem commum da multidão, converte-se de repente em um tolo prejuizo. A exactidão destas palavras se manifesta ao vivo na questão da analogia.

---

(12) A expressão — causa moral — (*causa moralis*), applicada ao mandante, remonta a Bohemer, no seculo passado.

(13) Como se a analogia não fosse uma operação logica, tão competente como qualquer outra! O ridiculo desta especie de *analogophobia* sobe de ponto entre nós, que temos um Codigo, no qual a analogia representa um importante papel. Por exemplo: — não ha artigo de lei, que ordene expressamente a punição do mandante; quando pois, *verbi gratia*, o mandante de um homicidio vae acabar seus dias na cadeia, é só em virtude de um raciocinio analogico. Sendo assim, para que tanto medo da analogia?!

E' uma verdade que o raciocinio analogico não deve ser empregado abusivamente no direito criminal, isto é, no sentido de multiplicar os delictos, pois a estes se póde adaptar o pensamento do philosopho medieval a respeito dos seres : *non sunt multiplicanda præter necessitatem.*

Mas o vulgacho dos criminalistas *apoderou-se* dessa verdade e transformou-a n'uma tolice a cujos encantos já não resistem até espiritos notaveis. (14)

Qual seja porém a razão porque a analogia, em toda e qualquer hypothese, deve ser excluida do direito penal é o que ninguem ainda tomou o trabalho de nos dizer de modo satisfactorio. Dado que fosse, todavia, evidente e irrecusavel o que pretendem esses senhores, a nossa causa ficava no mesmo pé. Não é tanto pelo que..... *ad exemplum legis vindicandum est,* como pelo que..... *ex scriptura legis descendit,* que a autoria intellectual, de que trata a ultima parte do art. 4 do Codigo, se me *afigura* um conceito de proporções mais largas do que as palavras do mesmo artigo parecem indica-lo. *Etsi maxime verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris alliud vult.* Assim, e dentro das raias da propria lei, a ideia do mandato estende-se a todos os casos, em que um individuo, *sciens prudensque,* determina outrem a commetter, tambem sciente e conscientemente, uma acção ou omissão criminosa.

Tal a intelligencia, que reputo a unica verdadeira, da respectiva disposição do Codigo. Ahi se acha comprehendida toda e qualquer influencia psychologica ou intellectual, provinda de uma pessoa e exercida sobre a vontade de outra, que é levada, por *força* dessa mesma influencia, a tomar uma deliberação e perpetrar um certo crime ; isto ao envez do que se dá, por um lado, com a coacção physica ou psychologica, pela qual a vontade desapparece e o pretenso perpetrador se converte em instrumento nas mãos do coagente, e ao envez do que succede,

---

(14) Haus—*Principes generaux* du droit pénal belge—151.

O que este autor, aliás consideravel, bem que seja dos que ainda *soffrem* da mania transcendental dos *principes éternels du juste,* escreveu sobre tal assumpto, é digno de lastima.

por outro lado, com a cumplicidade intellectual, que limita-se a confirmar e reforçar no autor a deliberação já existente.

As exigencias conceituaes do mandato, assim exposto, são as seguintes: 1°, que a vontade do mandante se tenha proposto praticar uma acção punivel, certa e *definida*, pelo *medium* da actividade physica de outrem; 2°, que elle, em consequencia deste *animus delinquendi*, tenha determinado, por um meio *efficaz*, outra pessoa a commetter a acção criminosa; 3°, que essa outra pessoa, em virtude da determinação de sua vontade por intermedio do mandante, tenha commettido a acção respectiva. E' facil mostrar: existe uma distincção essencial entre o mandato e a autoria propriamente dita; e é que naquelle a acção punivel commettida e a vontade criminosa do mandante são *mediatisadas* pela vontade criminosa do agente physico, ao passo que nesta o crime tem sua causa unica na vontade do autor. Ainda faz parte do conceito do mandato, que exista entre o acto do mandante e o acto do mandatario não só um nexo causal, mas tambem um nexo chronologico de antecedente e consequente. A vontade dolosa do mandante é sempre anterior á vontade dolosa do mandatario. Esta circumstancia torna comprehensivel que o mandato, quando se dirige a um *jam alies facturus*, se reduza a simples cumplicidade, bem como que a approvação posterior dada a um crime, por mais *significativa* que ella seja, não possa todavia assumir o caracter de autoria moral.

Eu disse que o mandante devia determinar o mandatario, por *um meio efficaz*, á pratica do delicto. Mas esta *efficacia* do meio é toda relativa ás condições pessoaes, ás condições de tempo, lugar e outras, em que se acha o autor. Não ha mistér de meios geralmente conhecidos como fortes para induzir outrem a praticar um acto criminoso. O contrario importa uma opinião erronea, que arrasta consequencias exquisitas, se não disparatadas.

Foi assim que Mittermaier vio-se obrigado, por força desse erro, a excluir a *commissão* dos meios de

mandato. (15) Associo-me neste ponto á opinião de Haeberlin, o qual diz que para o conceito do mandato é *indifferente* saber, por que meios o agente foi determinado a realizar o delicto. (16) O principio é applicavel ao nosso direito, excepto quanto a um ou outro caso de *concursus necessarius*, como a peita e o suborno, onde o meio do mandato, que é a paga ou a influencia pessoal, é um elemento substancial do crime; porém no mais póde elle apenas alguma vez constituir circumstancia aggravante.

E' impossivel enumerar os meios, de que o mandante póde servir-se para *fazer* nascer no animo do mandatario o conhecimento do mal e a intenção de o praticar.

A vontade humana tambem tem a sua mecanica, e ha mister de *forças* que a ponham em jogo. Se é certo que uma vontade energica pesa mais que o mundo, e offerece menos que o mundo um ponto de apoio á alavanca de Archimedes, é igualmente certo que uma vontade fraca se amolga com facilidade á pressão dos homens e das cousas. Os meios que determinam alguem, e esta determinação é sempre uma fraqueza, a commetter uma acção criminosa, são innumeros, é verdade, mas podem reduzir-se a classes, que abrangem quasi todos. Assim costuma-se mencionar a *commissão*, que não precisa ser expressa por palavras, algumas vezes basta que o seja por gestos e signaes, a *ordem*, a *vis compulsiva*, até onde esta deixa intacta a liberdade de obrar, a *supplica*, a *suscitação* ou *utilisação proposital de um erro*, até onde tambem este não exclue a imputabilidade, o *louvor*, e o *applauso*, o *conselho* e mesmo *a expressão de um desejo*, como as *fórmas* mais geraes, sob que sôe realizar-se o mandato, o qual póde dar-se, note-se bem, não só por actos positivos, mas ainda por actos negativos.

Pela natureza da autoria intellectual, segundo temo-la até aqui estudado, é evidente que o *dolus* lhe é essencial. Não existe mandato *culposo*. (17) Daqui

---

(15) *Archiv des Criminalrechts*—A d. 3, 125.

(16) *Gerichtssaal:* etc. —624.

(17) Geyer-*Holtzendorff's Handbuch*, II, 223 e 338 — Schwarz — *Commentar*... 151. John-*Entwurf mit Motiven*. 248 Schutz *Lehrbuhch:* 153.

resulta que, quando pela suscitação de um erro, succede que o mandatario seja um simples instrumento do mandante, sem que haja culpa alguma de sua parte, ou mesmo havendo-a em qualquer grau, porém na ausencia completa do *dolus*, dá-se o que os criminalistas qualificam de *mandato apparente* (*scheinbare Anstiftung*, dizem os allemães). Sirva de exemplo o seguinte facto referido por Mittemaier: Uma mulher (sem duvida um pouco ingenua) ouvira dizer que havia um meio de *fazer* reviver o amor de seu marido que ella julgava extincto.

Um seu vizinho, inimigo occulto daquelle, e a quem ella dirigio-se para pedir *informações*, apontou-lhe, como meio apropriado, um certo pó, que era entretanto de natureza toxica, e cuja applicação teve por consequencia a morte do homem. (18) Eis aqui um caso bem caracterisado de *mandato apparente*. A vontade criminosa do vizinho é com *effeito* mediatisada pela vontade da mulher, mas esta não encerra, nem mesmo em dóse minima, o *dolus* preciso para *formar* o delicto, e por isso desapparece a ideia da participação, da *societas delicti*, que entra na comprehensão do mandato.

Aos que porventura ainda insistissem sobre a interpretação restrictiva da terceira parte do art. 4, eu pediria que se dignassem de applicar ao exemplo indicado a bitola do nosso direito. Qual seria entre nós a pena do maligno insinuador da mulher estolida? De duas uma:— ou tinha-se de acceitar da doutrina, pois que o *facto* não cabia na categoria do constrangimento, o conceito do *mandato apparente*, e punir o pretenso mandante, como se *fosse* autor physico e immediato, ou havia-se de deixar impune,por escrupulos de interpretação,um delicto gravissimo, que punha-se fóra da acção da justiça por *effeito* de uma cousa, que aliás constitue para outros uma circumstancia aggravante, isto é, por *effeito* da *fraude*.

Nada porém mais ridiculo do que esta renuncia do direito de punir um malvado com um simples — *curia ignorat jura*.

O crime do mandante, mesmo isolado do crime do

(18) Archiv... Bd. 3, 142.

mandatario, admitte á sociedade; e dahi o *co-mandato* (*Mitanstiftung*, como se diz em allemão), o qual póde ser simultaneo, ou successivo. A *formula* do primeiro: A + B mandam C commetter um crime. A *formula* do segundo: A transmitte a B, por qualquer dos meios do mandato, o designio que *este faz* seu, de commetter um crime por intermedio de terceiro. O primeiro é commum na praxe; o segundo, porém, bem que menos conhecido, não é por isso menos acceitavel.

Como ideia coordenada com o mandato de mandato, é concebivel tambem o mandato de cumplicidade.

Alberto Berner é de opinião que, nesta hypothese, não existe participação criminosa do mandante; elle deve ficar impune. (19) Não me parece porém acertado este modo de pensar. Verdadeira considero a opinião de Schwarz, que admitte aquella *forma* do mandato, não só como logicamente concebivel, mas como praticamente realisavel e sujeita á pena. Assim como o mandante do mandante é um mandante, do mesmo modo o mandante do cumplice é um cumplice; e esta doutrina é tanto mais admissivel, quanto é certo que ella se adapta ao nosso direito. Para quem só comprehende o *directamente* do art. 5 do Codigo no sentido subjectivo, que é o verdadeiro, um homem, que manda outrem auxiliar alguem na pratica de um delicto, não é mais nem menos do que um cumplice.

Igualmente, se não ainda mais clara é a concepção da cumplicidade do mandato. Por exemplo: A empresta a B a somma de dinheiro por este desejada para o *fim* de com ella, determinar C a assassinar D. Realisado o homicidio, não ha duvida que A concorreu directamente para o delicto de B; e por que este se acha logica e juridicamente associado ao delicto de C, tambem A concorreu para elle, posto que a relação de causalidade entre o seu acto e o acto de C seja uma relação mediata. Assim sob a ideia geral de participação póde subsumir-se não só o mandato de mandato, o mandato de cumplicidade e a cumplicidade do mandato, como até mesmo a cumplicidade da cumplicidade

(19) *Grundsätze des Preussischen Strafrechtes*—28.

in-infinitum ; o que nos abre uma perspectiva semelhante, como diz Geyer, a uma dessas grandes salas, cujas paredes cobertas de espelhos repetem cada objecto em innumeras imagens, e *cfferece* uma enorme *difficuldade* pratica. Mas as *difficuldades* praticas não excluem a verdade existente no *fundo* de uma theoria.

Agora outra questão. E' concebivel a tentativa do mandato? E dado que o seja, o nosso Codigo deu entrada a essa doutrina? Quanto ao primeiro ponto, as opiniões são divergentes. Criminalistas como Bauer, Zachariœ, Ludem, Heffter e outros admittem aquelle conceito. Outros porém como Goltdammer, Otto, Hugo Meyer e não poucos mais, combatem tal ideia. Como a opinião dos autores, tambem varia a legislação de diversos paizes. Assim, por exemplo, o Codigo penal de Wurtemberg (art. 79), o de Brunswik (art. 37), o de Altemburgo (art. 36), o de Thuring (art. 34), o de Sachsen (art. 64), dão conta da tentativa de mandato. Ao contrario o *Code penal*, o Codigo da Prussia (art. 34), os codigos de Hesse (art. 72), de Oldenburgo (art. 31), Lubeck (art. 32), o Codigo do imperio allemão (art. 48), e ainda outros, consagram doutrina differente. Qual é entretanto a theoria mais rasoavel?

Se eu estivesse incumbido de discorrer *de lege ferenda*, não hesitaria um só momento em acceitar a doutrina da primeira ordem de autores e legislações. Mas não tenho essa incumbencia; e como tal, limitando-me ao *de lege lata*, sou obrigado a dizer: o nosso Codigo não admittiu a tentativa do mandato. Para isso seria mister que elle tivesse feito do ultimo um crime autonomo e independente da acção principal.

Na tentativa do mandato, como ella é concebivel, comprehendem-se tres casos: 1°, quando aquelle que quer induzir outro a perpetrar um delicto, não consegue despertar nelle a intenção criminosa; o mandatario não se deixa *mandar*; 2°, quando o mandato é bem succedido, só porque o mandatario chega a tomar a deliberação de de commetter o crime, mas não chega a executa-lo, nem mesmo a tenta-lo; 3°, quando o mandante encontra um individuo *omnino facturus* (segundo a expressão da L. 1 § 4

D. *de servo corrupto*), isto é, um individuo já determinado ao crime, e que por isso não póde mais ser induzido a pratica-lo. Nenhuma das tres hypotheses se acha positivada em nossa lei penal.

Mas do principio da impunidade do *conatus* o Codigo parece ter feito excepções, que aliás confirmam a regra. Os arts. 90, 99 e 119 tratam de delictos que têm alguma semelhança com a tentativa em questão. A provocação por escriptos ou discursos é um delicto *sui generis*; mas a lei não altera a natureza dos factos, podendo apenas dar-lhes maior ou menor valor juridico; e o facto da provocação, conforme a sua energia, póde assumir todos os caracteres de um mandato. O contrario seria absurdo, quão absurdo é admittir, por exemplo, que o homem que por meio de um discurso na praça publica provoca outros a praticarem um assassinato, e ainda este inmediatamente se dando, não tem responsabilidade criminal. Os delictos, cuja provocação é ameaçada com penas pelos citados artigos, têm duas phases: a tentativa e a consummação. Dado o caso que, pelo meio indicado, um desses crimes se consummasse, qual seria a pena do provocador? E' uma questão que levanto; não é preciso explana-la.

O Codigo, repito, não deu entrada á tentativa, de que se trata. Será um bem ou um mal? A resposta é difficil. Porém cabe aqui observar que alguns paizes, cujas leis penaes não consagravam esse principio, acabaram por sentir a necessidade da cousa. Foi assim que a questão Duchèsne na Belgica deu lugar á lei de 7 de Julho de 1875, e esta, por sua vez, occasionou o art. 49 do *Strafgesetzbuch* da Allemanha (1876). Ambas as disposições punem o mencionado *conatus*.

Ainda outros pontos do assumpto. A ideia do mandato e applicavel, em regra, a todos os delictos. Têm-se procurado muitas vezes estabelecer excepções tiradas da diversidade dos motivos. Mas o motivo da acção é tão pouco decisivo, como o do mandato mesmo. A intenção commum póde repousar sobre motivos diversos. Nem mesmo os delictos de funcção, os chamados *crimes de responsabilidade*, constituem legitimas excepções, pois que, quanto a elles, o mandato se especialisa em peita ou suborno.

O chamado *excessus mandati*, que é tambem uma das questões do nosso programma, não tem entretanto a importancia que se lhe costuma dar. O que faz illusão a tal respeito, é a analogia tomada das relações juridico-civis. Actualmente ha completo accordo em que, tambem no mandato, como em todas as fórmas da criminalidade, não se admitte a *presumptio doli*; as regras geraes sobre a imputação penal, quer dolosa, quer culposa, dão a medida das soluções reclamadas. A responsabilidade do mandante chega sómente até onde o crime do mandatario é um producto do mandato. A determinação ou induzimento de um e a acção criminosa do outro devem cobrir-se como causa e effeito.

Semelhantemente o arrependimento do mandante. Bem entendido: não é o arrependimento subjectivo, porém o objectivo, significado por factos. Nelle distinguem-se dous momentos: o mandato póde tornar-se sem effeito, ou porque o mandante extinguio a força dos motivos, que determinavam o mandatario, ou porque elle oppoz-se directamente ao commettimento do delicto. No primeiro ponto de vista resolvem-se todas as difficuldades, mantendo-se o principio: a acção punivel é imputavel ao mandante, quando ella é o resultado do mandato. Se elle recúa em tempo, e não obstante o mandatario executa o crime, já fallo por motivos autonomicamente proprios. Porém releva notar: os motivos postos em jogo pelo autor intellectual podem permanecer, mesmo depois que elle os procurou abolir. Por exemplo: A provocou o ciume de B para induzi-lo a matar C e busca depois, mas em vão, acalmar esse ciume. Pelo que toca aos obstaculos oppostos á realisação do crime, não ha duvida que elles podem ser efficazes ou inefficazes, considerados em si mesmos, assim como podem vir cedo ou tarde. Quando a inefficacia ou a demora é attribuivel á culpa do mandante, não lhe aproveita o seu arrependimento. Na mesma classe de obstaculos inefficazes ou tardios está a denuncia, que por ventura dê o mandante á autoridade publica, do delicto a commetter-se, se por ella não se chega a impedi-lo. Ainda que isto aconteça por desleixo da autoridade, não ha razão para negar a causalidade entre o mandato e

a acção criminosa, e descobrir uma interrupção dessa causalidade no desmando do funccionario. Nem mesmo tem ahi applicação o principio da compensação da culpa (20). Quanto ao arrependimento do autor physico, é de facil comprehensão, segundo o exposto sobre o mandato mallogrado ou improficuo, que o mandante não é responsavel, quando, tendo suscitado a intenção do mal no espirito de outro, este, antes de entrar no estadio da tentativa, abandona por si mesmo o projecto criminoso. Mas a cousa é bem diversa, quando o mandatario, depois de já ter-se feito culpado de um tentamen, recúa da consummação, que ainda lhe é possivel. Tal recuamento nada tem que vêr com o mandante, o qual deve ser punido como réo de um *conatus delinquendi*, ao passo que o mandatario só tem de responder pelo que ha de objectivamente criminoso no facto. Se porém o autor intellectual quiz por ventura mesmo que o delicto só chegasse ao grau da tentativa, elle converte-se então n'um *agent provocateur*, conceito que é estranho ao nosso direito penal, e póde ao muito considerar-se autor *culposo* de qualquer mau resultado, attribuivel á imprudencia.

A dialectica do mandato ou o seu desenvolvimento logico leva-nos mais adiante. Que influencia exercem entre si, costuma-se questionar, as relações pessoaes do mandante e do mandatario? A resposta não é duvidosa. Todas as circumstancias, que influem sobre a penalidade de uma determinada pessoa, isto é, que tem um caracter subjectivo, não podem affectar a penalidade de outra. Circumstancias ao contrario, que transformam o crime em um crime essencialmente diverso, e que possuem por conseguinte um caracter objectivo, devem ser tomadas em consideração a respeito de todos os que cooperam sciente e conscientemente para o delicto. Esta doutrina, apparentemente simples, tem todavia difficultades occultas, que se fazem valer, quando trata-se de examina-la nos detalhes e de traçar a linha de separação entre circumstancias objectivas e subjectivas. Em todo o caso, permanece verdadeiro que o principio director, na esphera da penalidade,

(20) Schwarz—*Commentar*.... 161.

é o da *individualisação*, isto é, o principio, segundo o qual a existencia desta ou daquella especie de intenção criminosa deve ser apreciada *individualmente* em qualquer dos participes do crime. E' a opinião vigente de criminalistas notaveis, entre estes o italiano Tolomei, o qual ainda observa que a escola juridica do seu paiz sempre rendeu homenagem á semelhante intuição. (21).

O mandato ainda comporta outros problemas, bem que de caracter puramente processual. Mas é inopportuno aqui discuti-los. Contento-me com a indicação de alguns. Sirvam de exemplo a prescripção e a flagrancia, que, segundo as relações de influencia reciproca entre o mandante e o mandatario, podem dar nascimento a questões de não pouca monta. Eu deixo-as de lado; pois que ellas, em summa, não se acham contidas na extensão da ideia do mandato.

Tanto quanto é compativel com um trabalho de tal natureza, o thema está esgotado. Só me resta pois repetir o que disse no principio: a execução póde ser má, porém o methodo seguido é o unico verdadeiro. (22)

---

(21) *Diritto e procedura penale—330.*

(22) Este escripto sobre o mandato criminal foi a *dissertação* pelo autor apresentada, quando concorreu a um logar de lente da Faculdade de Direito do Recife em abril de 1882. (*Nota de S R.*)

VII

As faculdades juristicas como factores do direito nacional

A fonte em que hauri a ideia da presente questão, eu bem podia escondê-la, sem correr o risco de ser sorprehendido por qualquer dos criticos patrios no acto de apropriar-me do bem alheio. Mas não é este, com orgulho o digo, não é este o meu costume. Antes de satisfazer ao publico, bem antes de procurar merecer a sua consideração, eu trato de satisfazer a mim mesmo, de merecer o apoio da minha consciencia litteraria, tão veneranda e respeitavel, como a propria consciencia ethica, de quem é apenas uma fórma nova, um resultado de adaptação social. E não sei como é possivel sentir-se aquelle prazer, tão semelhante ao da pratica da virtude, que resulta aliás do exercicio da penna, da pratica do estudar, do saber em qualquer grau, se não se tem escrupulo de fazer proprio, e dar como tal o pensamento de outrem. As ideias, a meu vêr, partilham da sorte juridica das pombas, *quæ ab ædificiis nostris volant*..... ou das abelhas, *quæ ex alveis nostris evolant*: não sahem da posse do seu dono; e eu respeito muito esse direito.

O presente escripto me foi inspirado por outro de igual substancia, do Dr. Rudolf Heinze, professor na Faculdade Juristica da Universidade de Heidelberg (1). Elle sustenta nesse escripto a these acima enunciada, isto é, que as Faculdades devem entrar com a sua parte de actividade para a formação do direito, não de certo como tribunaes, que profiram sentenças, mas como corpos scientificos, que merecem ser ouvidos, quer no interesse da sciencia mesma, quer para o fim de augmentar e desenvolver o capital juridico das nações.

---

(1) Beilageheft zum Gerichtssaal. *Strafprocessuale Erorterungen*, 1875, pag. 124.

E não pareça estranha a expressão de capital juridico. Toda nação tem realmente o seu, comprehendendo-se por tal, ou devendo-se por tal comprehender o conjuncto de questões elucidadas, de problemas resolvidos, nas multiplas relações de direito, que acompanham a vida social.

Ouçamos porém o nosso autor : « Não padece a menor duvida, diz elle, que seria um bem para as Faculdades e para o estudo juristico, se de novo se tratasse de polas em contacto com a praxe. Sem esta fecunda approximação, a theoria corre perigo de seccar ou de brotar exoticos rebentos. O abysmo que se abrio, ha alguns decennios, entre a theoria e a praxe juridica, é attribuivel em grande parte a esse isolamento da primeira. Os contrastes e antitheses ainda mais reforçar-se-hão, se continúam-se a afastar os theoreticos do verde pasto da vida. » Não dir-se-hia que estas palavras, com differença, ao muito, de um millesimo, são escriptas para nós outros, que mais que ninguem padecemos dos effeitos de tal isolamento?

Eu não dou muito, já é superfluo dizê-lo, pela sciencia das nossas Faculdades ; mas ainda de menos valor me parece o traquejo rude e grosseiro dos nossos tribunaes, onde Themis e Minerva não se beijam, porém brigam e esbofeteam-se. Um dos nossos professores de direito, os quaes, em regra pouco fertil de excepções, não são espiritos que tenham coragem de dar aos pobres, ou de sacudir pela janella toda a sua velha mobilia scientifica, e munir-se de outra nova, no gosto e altura do tempo, toma feições gigantescas, comparado com a maioria da magistratura, para a qual se recrutam de preferencia os mais perfeitos exemplares da classe dos acephalophoros. E isto provem justamente da especie de muralha chineza, que os nossos habitos lançaram entre os homens da sciencia, como tal, e os homens da pratica, do direito em acção ; sendo porém que os primeiros devem aguentar com a maior parte da culpa desse estado de segregação, prejudicial a ambos. Porquanto em vez de regar continuamente a arvore da sciencia, que foi posta á sua guarda, em vez de fazer render os talentos que lhes foram confiados,

os juristas *da cadeira* sacrificam os interesses da theoria scientifica aos interesses da chicana especuladora, que elles exercem de commum com a rabulice rotineira. Em geral o *sacerdos juris*, que julga, só conhece o *sacerdos juris*, que ensina, completamente embrulhado, não na toga romana de Pomponius e de Labeo, porém no manto atheniense dos Gorgias e dos Hippias ; não conhece o jurisconsulto, mas sómente o advogado, quero dizer, o sophista que se habitua a sustentar com igual vantagem o *pró* e o *contra* nas lides forenses, acabando por cerrar o espirito a toda sorte de convicções sinceras (2).

Entretanto havia um meio de por termo a esta anomalia : era ligar entre si por um laço de cooperação para o mesmo fim, as corporações docentes e as corporações judiciarias ; era dar ás Faculdades, como orgãos pensantes, uma funcção nova, a de contribuir, em fórma de pareceres e consultas, para a solução das questões mais graves, que fossem levantadas na esphera do direito. E esses pareceres não seriam appendices de luxo, mas elementos necessarios e indispensaveis, logo que as partes interessadas os reclamassem, incumbindo então aos tribunaes o imprescindivel dever de solicita-los, e ás Faculdades o de expedi-los em um prazo breve e improrogavel.

Não se julgue, porém, que já tenhamos alguma cousa de semelhante nos pareceres e consultas dos advogados. Alèm de serem opiniões particulares, sem caracter legal, accresce que taes consultas são quasi sempre determinadas, não por amor da *causa*, mas por amor da *parte*; e isto concorre poderosamente para falsear o desenvolvimento juridico do paiz. A ideia proposta seria ao contrario um meio seguro de collocar as luctas do direito em terreno mais amplo, de torna-las mais solemnes e mais

---

(2) Sobre este assumpto eu acceito as observações de Augusto Comte, que exerceu contra a classe dos advogados uma critica severa ; mas é diverso o meu ponto de vista, pois não tenho os advogados, nem vejo como se os possa ter na conta de metaphysicos. A cultura philosophica em qualquer grau, ainda mesmo sob a fórma das vagas generalidades, dos principios pregados no ar, é justamente o que lhes falta. Podem ser tachados de tudo, menos de metaphysicos. Tanto valera dar este qualificativo ao mercador que faz bem o seu officio, sustentando com eloquencia os predicados da sua mercadoria.

significativas, sobretudo, considerando que essas luctas, como diz von Ihering, não constituem questão de interesse, porém questão de caracter. A sciencia ganharia em ossos e nervos, o que perdesse em carnosidade superflua; ganharia em factos e inducções verdadeiras, o que se lhe tirasse de abstracções indefinidas e frivolas conjecturas.

Nem é licito pôr em duvida os proventos de tal ideia. Já os romanos, que na jurisprudencia foram mestres inexcediveis, tiveram a lembrança de uma pratica igual, ou semelhante. Os seus juristas tinham a vantagem de pôr continuamente a sciencia em harmonia com a riqueza da experiencia e rectificar a praxe crescente por meio da theoria das escolas. «A existencia de uma classe de homens de negocios juristicos, diz um historiador allemão, aos quaes competia emittir pareceres, que gozavam de uma certa autoridade perante os tribunaes, foi muito proveitosa á formação e progresso da sciencia juridica romana.» O exemplo é digno de imitar-se.

Este assumpto, eu o reconheço, prestava-se a mais larga explanação. Mas julgo-me satisfeito com o que ahi vai dito. No meio em que vivo ha perigo em dar-me qualquer apparencia de estudo e applicação, como ha perigo em dar signaes de riqueza no meio de larapios. São actos de leviandade, que rara vez passam impunes. De mais, e isto vale um epilogo de todos os trabalhos precedentes, eu estou sómente a referir-me á Allemanha, a appellar para a Allemanha, sem attender que a mais de um leitor, benevolo ou malevolo, semelhante appello ainda se afigura como um disparate.

Conta um viajante europeu dos nossos dias, ter encontrado na America uma tribu selvagem, a tribu dos *Acawais*, que entre outras singularidades possue tambem a da formosura de suas mulheres. Fez-lhe sobre tudo profunda impressão a belleza de duas moças de 12 a 15 annos. Suas fórmas estavam já tão perfeitamente acabadas, eram de tão classico desenho, que poderiam servir a um esculptor como modelo de uma Venus. Nada dos beiços grossos e dos narizes chatos, que são communs

aos typos da raça; mas narizes ideialmente afilados, e rubros labios regularmente polpudos, como que abertos pela mão invisivel, que distende a corolla dos cravos; tudo isso rematado ou realçado pela bagatella dos pés e o diminutivo das mãos. Mas eis aqui o mais extraordinario: o viajante refere que fez a estas duas moças um presente de fios de aljofar, que ellas acceitaram com muito prazer; em paga do que pede-lhes elle que cada uma lhe dê um beijo. Ellas olham-se como que espantadas; nenhuma sabe o que é um beijo, nem o modo de dar semelhante cousa; e quando elle mostrou praticamente ás duas bellezas o valor dessa incognita, os selvagens presentes romperam n'uma gargalhada: nunca tinham visto esse phenomeno, chamado *beijo*... Ora pois, eu tambem, com o meu continuo citar de autores allemães e ideias allemãs, não estarei sujeito a alguma risada *accawaina*? Tenho meus receios.

IX

Sobre a co-delinquencia e seus effeitos na praxe processual

I

No mundo em que vivemos, neste mundo de bonitas miserias, no qual Deus e o diabo, não sei se a cima ou ao lado do imperador, formam com elle os tres unicos factores da historia nacional, os problemas juridicos são os mais aptos para dar a medida exacta dos nossos dotes moraes. Se fôsse possivel a invenção de um instrumento graduador da intelligencia dos individuos e dos povos, ao querer-se tomar o grau da temperatura mental brasileira, o direito, o estudo do direito, as relações juridicas em geral, fariam o mesmo papel que a axilla dos febricitantes, seriam o ponto mais adequado á collocação do *noómetro.*

O meu distincto amigo Sylvio Roméro, em um dos seus felizes momentos de acertada diagnose social, estabeleceu que o Brasil é o paiz nato dos *leguleios*: quem não acha em que se occupe, tem logo ao alcance da mão um meio commodo de corrigir a fortuna: é munir-se de um *Assessor forense* e augmentar o enxame dos rabulas. Esta ideia é muito justa, e não póde ser contestada. *Facta loquuntur*. Mas é sempre cabivel observar que o talentoso escriptor deixou de lado o grande numero de phenomenos que se prendem, antecedente e consequentemente, á importante verdade, por elle enunciada. O *leguleismo* brasileiro não se manifesta sómente, como meio de vida, nas regiões inferiores da pobreza desarranjada, mas tambem, como expediente politico, na alta esphera governamental. A nossa politica tem sido e é em geral uma politica de *advogados*. D'ahi os males que nos assoberbam, pois que os nossos estadistas, em sua maioria *homens da lei*, quando têm de defender e sustentar uma ideia, fazem-no sempre com o mesmo grau de convicção, com que escrevem umas *razões finaes*, para firmar logo o direito ao

recebimento da segunda metade do *honorario* (1). D'ahi o estrago dos caracteres, o embotamento quasi completo do senso da justiça, e a falta de seriedade, que se mostra em todas as luctas do direito em acção. Mas não fica nisto. Os *leguleics*, que preponderam nas diversas direcções da actividade publica, não são productos de si mesmos, ou resultados de alguma curvatura irregular, que tenha tomado o desenvolvimento nacional. São effeitos da indole originaria do povo, que tem um talento chicanistico assás pronunciado, como já foi com acerto notado por Burmeister (*Reise nach Brasilien*) (2). E esse talento innegavel, que se phenominisa cá em baixo por actos de pequeno alcance, vae crescendo e se avolumando para cima, até que ostenta-se grandioso e inexcedivel, como vemo-lo, nos conselhos da corôa, no seio do parlamento. Razão pela qual damos ao mundo este espectaculo singularissimo: somos realmente um *povo de advogados*, mas tambem é certo que não ha outra nação, onde tão nullo tenha sido o desenvolvimento do direito, quer como ideia, quer como força, como sciencia e consciencia do justo.

«I popoli,—diz Settembrini, - che hanno forte personalitá naturale hanno molti giuristi, perche questa personalitá e la coscienza del proprio diritto individuale: e dov'e questa coscienza negli nomini, nascono frequenti contrasti, quindi la necessitá di deffinirli risalendo a principii di ragione generale (3)».Sem duvida alguma. Os povos que têm uma forte personalidade, possuem muitos juristas; e não hesito mesmo em admittir a reciproca:

---

(1) E' bom notar: os raros estadistas que temos tido, um pouco a cima da bitóla commum, nunca exerceram a advocacia.

(2) Vem á proposito ainda aqui assignalar um facto bem significativo: o typo sociologico do brasileiro, alguma cousa de parallelo au *yankee*, do brasileiro de corpo e alma, como elle se fez valer nos primeiros tempos da nossa vida historica, é o demandista. A propria politica sahiu deste embryão. Quasi todos os chefes de localidades e contendores eleitoraes de hoje foram demandistas, ou são descendentes de taes, que gastaram do seu melhor em defender a sus terras da invasão do vizinho ambicioso, que queria tomar o rumo do *pé da aroeira*, quando devia ser do *jatobá*, na direcção da casa de *Maria de Souza*, etc., etc., segundo *rezava* (este *rezar* é caracteristico) a sesmaria do capitão mór A. ou B. Já se vê que a nossa politica, por via de regra, não póde deixar de ser tambem uma chicana impertinente.

(3) *Lezioni di letteratura italiana*... III, pag. 11.

onde ha muitas juristas, ha uma forte personalidade do povo. Mas nós não temos nem uma nem outra cousa. *Advogados* e *praxistas*, que de certo possuimos em numero legionario, não são jurisconsultos; e um povo, que se curva humilde e resignado a todos os arbitrios e impudencias do poder, como seguindo o exemplo dos negros-escravos, incapazes de reagir até contra os *bichos*, que lhes atacam os pés, não tem personalidade. E' um povo rebanho, no verdadeiro sentido evangelico, duplamente rebanho, em relação á egreja e em relação ao Estado. Não póde ter, por tanto, aquella consciencia da propria individualidade, d'onde sahem as divergencias e contrastes, que determinam a producção do direito e a educação dos juristas (4).

Tudo isto está escripto no protocollo da experiencia de todos, que não é nenhum livro apocalyptico, feixado com sete sellos. Bem podia chamar a dar testemunho da verdade dos meus assertos mais de um typo da *especie* degenere que eu quizera vêr extincta; mas não pretendo aqui instaurar o processo de lesa-sciencia contra os notaveis e acreditados juristas da terra; mesmo por que

(4) A nossa vida juridica é com effeito digna de lastima. Ha neste paiz muita gente, cuja unica missão é bradar contra os padres; entretanto eu acho mais motivo de clamor contra os magistrados. Jesuitismo por jesuitismo, antes quero o da sotaina, que o da beca. Se ha juizes integros, tambem ha padres honestos. Em regra, os nossos padres não sabem lêr o latim do *Breviario*; em regra os nossos juizes não sabem lêr o latim das *Institutas*. Em regra, os nossos padres são capazes de excommumgar a quem quer que lhes roube a posse de suas amantes; em regra, os nossos juizes são capazes de fabricar processos para julgar e condemnar os seus inimigos. N'uma palavra, a egreja de que somos fieis, é uma digna irmã do Estado, de que somos subditos; só ha uma differença: é que a egreja nos garante a bemaventurança por muito menos dinheiro do que o Estado nos garante a justiça. A salvação de uma alma, segundo a ultima tarifa dos bilhetes de passagem do purgatorio ao ceu, custa apenas quatro vintens de um responso; o ganho de uma causa, ainda que justa, e por sel-o mesmo, importa em contos de reis, ficando sempre salva a possibilidade de renovar-se o jogo e perder-se o que se ganhou. Então! Qual será preferivel? Em todo o caso, e pelo que me interessa, os ministros impuros de uma religião, a que sou indifferente, não me podem causar tanto mal, como os sacerdotes corruptos de uma justiça, de que posso precisar a cada momento. Ha ainda a ponderar uma circumstancia importante: quasi sempre os padres devassos encontram na propria devassidão um obstaculo insuperavel á sua elevação hierarchica; não assim porèm os magistrados corruptos, que só têm a vencer os escrupulos da consciencia: vencidos estes, *ipso facto*, estão de carreira feita.

d'entre elles uns são juizes, outros advogados, outros professores, outros escriptores; e nestas condições, ainda que haja unidade de delicto, seria mister todavia, por força de certa *doutrina corrente*, citar a cada um perante o seu *foro*, o que importaria o consumo de muito papel.

Este ultimo salpico de tinta, que sahiu-me da penna, por mero desenfado humoristico, revoca-me a consciencia da obrigação contrahida pelo titulo do presente artigo, e do muito que me afastei do terreno indicado.

II

Não menos que a concurrencia dos crimes, a concurrencia dos criminosos envolve para a sciencia respectiva mais de uma questão momentosa. Infelizmente, porém, quer um, quer outro assumpto, não tem sido entre nós capaz de produzir litteratura, de fornecer nem uma pagina, proficuamente legivel, á exagese do direito criminal. Tudo devido ás causas particulares, que foram acima indicadas, e que muito importa combater e arredrar, ou ao menos procurar diminuir o seu perigoso influxo.

Neste intuito é que me proponho discutir a questão enunciada; e isto não só de accordo com os dados da doutrina scientifica, mas tambem em harmonia com as disposições do nosso direito positivo.

Segundo o conceito do crime em geral, é indifferente que elle seja praticado por um, ou por muitos sujeitos. A circumstancia da unidade ou pluralidade, em relação ao agente, é uma circumstancia de facto, que não altera a comprehensão da ideia do delicto. Por quanto, o maior numero dos crimes pode ser commettido por um só individuo, e sem que outras pessoas tomem parte na empreza, quer por uma co-operação actual, quer dirigindo ou apoiando o executor, hypothese esta que constitue o chamado *concursus facultativus*. Ha crimes, porém, e estes formam a excepção da regra, cujo conceito legal presuppõe uma pluralidade de sujeitos participantes da acção

criminosa, e nos quaes por conseguinte tal pluralidade é elemento essencial e caracteristico desses mesmos delictos *(concursus necessarius)*. Exemplos: a *peita*, o *suborno*, o *adulterio*, a *insurreição*, a *sedição*, a *rebellião*... todos crimes, em cuja ideia está comprehendido o *concursus plurium ad delictum*, como subjectiva e objectivamente indispensavel para sua existencia.

Desta divisão da co-delinquencia ou participação de delicto em *necessaria* e *facultativa*, bem como da subdivisão da ultima em *mediata* e *immediata*, *premeditada* e *eventual*, *simultanea* e *posterior*.... resultam consequencias de grande alcance pratico, e que não deixam de preoccupar ainda hoje os homens da theoria. Mas não é sob este ponto de vista que eu me criei a obrigação de tratar do concurso dos delinquentes. E' tão sómente por uma de suas faces, e a mais rasteira, por assim dizer, que semelhante assumpto entra agora no quadro dos meus estudos. Refiro-me ao lado puramente processual da questão, isto é, ao modo, por que, e a medida, segundo a qual, a co-delinquencia póde influir na ordem do processo de instrucção criminal.

E taes são os termos do problema: uma vez dado o *concursus plurium ad-delictum*, em um caso particular, a unidade do delicto determina, em qualquer hypothese, a unidade processual? Ou succedendo que algum dos concurrentes tenha o que se chama *privilegio de fôro*, esta circumstancia é de natureza a quebrar a indivisibilidade da causa, e fazer que sejam separados no *processo* sujeitos que estiveram unidos no *crime*? Ainda mais: tratando-se mesmo de um *delicto de funcção*, de um daquelles que o nosso direito designa pela phrase tolamente pleonastica de *crimes de responsabilidade* (5), alguma cousa de tão

---

(5) Como tenho a petulancia de ser nomeado na Allemanha, onde conto amigos, que se dignam de ler-me, para tornar bem sensivel ao leitor estrangeiro o disparate daquella expressão, aliás tão commum entre os nossos juristas, eu digo a cousa em allemão: Das brasilianische Strafgesetzbuch bezeichnet die sogenannten Amtsverbrechen mit dem sonderbaren Ausdruck — Verantwortlichkeitsverbrechen; als ob nicht alle und jede strafbare Handlung die Verantwortlichkeit des Verbrechers voraussetzte! Es versteht sich von selbst, wie weit es die Wissenschaft unserer Kriminalisten bringt, die nicht einmal im Stande sind, einen alten strafrechtlichen Begriff correct zu notiren!...

caracteristico e expressivo, como *medo de susto*, ou *quadrupede de quatro pés*, tratando-se mesmo de um desses, em que porém tomaram parte individuos não funccionarios, é razoavel que estes respondam no intitulado *fôro commum*, desligados dos seus socios, que devem responder no fôro determinado pela natureza do crime? Eis os pontos precipuos da questão, que para mim é resoluvel em sentido bem diverso do modo ordinario de proceder entre nós.

A minha these é que, em todo e qualquer caso, a unidade do delicto determina e necessita a unidade do processo. Porquanto, e antes de tudo, importa observar que a palavra processo, em materia juridica, significa simplesmente um *methodo*, um conjunto de formulas para chegar á descoberta da verdade, cujo conhecimento interessa á justiça. Ora, não ha direito contra a verdade ; e tudo que póde contribuir para que ella appareça evidente e incontestavel não deve ser omittido, sob qualquer pretexto que seja. Quando pois o crime, em sua genese, offerece um caracter corporativo e social, uma combinação de agentes diversos, ainda mesmo a simples combinação binaria de um autor e um cumplice, de um mandante e um mandatario, é natural que a justiça se apodere do facto, para conhecel-o e julgal-o, pela mesma fórma e nas mesmas condições em que elle foi realisado. Commettido por um só, ou commettido por muitos sujeitos, quer seja igual, quer differente o quinhão de cada um na construcção do delicto, este é sempre um todo compacto, e como tal deve ser estudado, sob pena de dispersar-se e perder-se mais de uma circumstancia importante, cujo desconhecimento póde alterar a feição do crime e dos criminosos.

« Em qualquer processo penal, diz R. Heinze, o accusado é ao mesmo tempo uma parte e um objecto de execução futura. O terceiro papel, que lhe cabe, é o de servir de um *meio de prova*.» (6) Este principio, que é verdadeiro, está de accordo com o nosso systema de instrucção criminal, pelo qual o réu, com a sua presença,

---

(6) *Beilagheft zum Gerichtssaal*—1875 –pag.—23.

com as suas explicações, e não poucas vezes até com a propria confissão, isolada de outros quaesquer dados, é um dos meios *eruendi veritatem*. Os *interrogatorios, autos de perguntas*, ou como quer que se chamem os diversos expedientes *anamnesticos* do crime, empregados pelos juizes, não têm outro sentido que não o de fazer do indiciado criminoso um instrumento de prova.

Neste presupposto, é claro que, dada a hypothese de uma *societas delicti*, onde ha uma intenção commum e, por assim dizer, uma quota de responsabilidade para cada socio, segundo a sua *entrada*, a sua parte de actividade na causação do phenomeno punivel, nenhuma razão de ordem publica póde autorisar a instauração de processos diversos a respeito de um só crime, sobre a base de gozar este ou aquelle delinquente do privilegio de foro, em prejuizo da verdade, em detrimento da justiça. (7) E custa crer que ainda a esta hora, na altura mesma em que vôam as aguias da patria sciencia juridica, já não digo se ponha em pratica o erroneo principio da *separação*, mas até não se tenha ao menos uma vaga ideia da velha controversia, que acabou por deixar o terreno livre ao principio da *indivisibilidade*.

Este principio vem de muito longe. O direito romano já o havia consagrado na L. 10. Cod. *de judiciis*, nos seguintes termos: Nulli prorsus audientia præbeatur, *qui causæ continientiam dividet*, et ex beneficii prærogativa id quod in *uno eodemque judicio* poterat terminari, apud *diversos judices* voluerit ventilare... E é o mesmo pensamento de Paulo... L. 54. D. 5. 1. Per minorem causam majorem cognitioni præjudicium fieri non oportet: major enim quæstio minorem causam *ad se trahit*.

---

(7) O leitor não extranhe o uso continuo que faço de certas expressões em latim. Bem como a dança tem a sua technologia franceza (*Chaine de dames, chaine anglaise, pantalon...*), a musica, o seu vocabulario italiano (*con anima, sforzando, sostenuto*, etc.), assim tambem a religião e o direito têm a sua phraseologia latina : *sursum corda, dominus tecum, jus in re, jus ad rem, concursus plurium, socii delicti*... e mil outras. Quanto a este ultimo conceito, — o da sociedade no crime, — elle não é desconhecido do nosso direito. O art. 147 do Cod. do proc. criminal falla de... «delinquente e seus socios..»

O que resulta, sobretudó, de taes disposições, é a exigencia juridica de não tomar-se conhecimento de uma questão de facto, a que se tem de applicar o direito, se não em sua unidade e em sua totalidade, devendo sotopôr-se ao interesse da justiça todo e qualquer outro interesse, por cuja causa se pretenda isolar os elementos da materia litigada.

Mas sem demorar-me, por mais tempo, sobre a questão. theoricamente considerada, eu quero aprecial-a pelo lado practico. Para isso basta a construcção de algumas hypotheses, tiradas da observação do mundo real, mesmo do nosso acanhado mundo. Por exemplo: nos crimes de peita e suborno, onde ha concurso necessario, onde ha, como em todos os casos de participação criminosa, *unidade de delicto e reciprocidade de co-operação* (8), o codigo criminal brasileiro faz punir com as mesmas penas o peitante e o peitado, o corruptor e o corrupto. (arts. 132 e 134). Ora, a admittir-se a theoria da separação, teriamos que o juiz ou outro funccionario, que acceitasse a peita, responderia em foro diverso daquelle em que devesse responder o peitante; o que por certo importaria uma difficuldade invencivel na justa applicação da penalidade. A menos que um dos julgadores esperasse pelo outro, ou mandasse saber delle, qual a pena que impunha ao respectivo accusado, não se concebe, na hypothese dada, a possibilidade de um exacto cumprimento do art. 132.

Entretanto, por mais extravagante que o caso seja, não duvido que nos annaes da nossa jurisprudencia, onde se encontram disparates de toda sorte, já figurem tambem exemplos de tal praxe processual. Seja-me pois permittido lançar mão de outra hypothese, menos commum, e ainda mais significativa. Supponhamos que a princeza Quintilia Cavalcanti, do *Secrétaire intime* de G. Sand, ou, deixando de parte a princeza, para não escandalisar os seus parentes de Pernambuco, supponhamos antes que a senhora Fanny, a creação de Feydeau.

---

(8) Reinhold Schutze. *Die nothwendige Theilnahme...* pags. 322 e 336.

tivesse o capricho de vir passar uns dias na Escada, a tomar banhos no *Ipojuca*, e encontrasse na pessoa do juiz de direito da comarca um outro opiniatico e apaixonado Rogerio, a quem ella chamasse, não de certo *mon enfant*, porém *mon grand papa*. O velho pegava fogo e commettia um desatino. O marido de Fanny não estava pela graça, e recorria ás leis do paiz para vingar-se da affronta recebida. No art. 250 do codigo criminal acharia elle a solução do embaraço ; mas logo após surgiria maior difficuldade, resultante da disposição do art. 153. Com effeito, a prevalecer a doutrina da multiplicação dos processos, conforme o fôro de cada um dos criminosos, qual seria o meio de promover *conjunctamente* a accusação dos dous réus da nossa hypothese, e ainda mais de não ser um condemnado sem o outro, como está escripto naquelle artigo? O pobre Rogerio adultero, victima de uma paixão infeliz, iria contar a historia de seus amores no tribunal da Relação, ao passo que a caprichosa Fanny seria levada, como se diz em florida linguagem forense, á *barra* do tribunal do jury deste termo, depois de correr o processo perante o juiz municipal. Como seria então possivel dar-se na *pena* a mesma sociedade que deu-se no delicto?

Nem se diga, e é este o unico reducto dos sectarios da separação, não se diga que no caso proposto, a concurrencia sendo necessaria, não se concebendo a pratica do crime sem a cooperação reciproca dos dous agentes, pode-se conceder que a juncção dos criminosos em um só processo seja tambem uma necessidade ; não assim porém nos casos de concurrencia facultativa. A isto responderia, antes de tudo, que os objectantes servem-se de uma arma que eu mesmo lhes empresto. A sua doutrina estende-se a todas as hypotheses, e a distincção de *concursus necessarius* e *facultativus* lhes é desconhecida. Mas acceitemos a objecção como fructo de pomar alheio, e apreciemo-la de perto. A distincção das duas especies de concurrencia, sendo verdadeira e incontestavel na theoria, não tem entretanto importancia na pratica. E' certo que não se concebe o crime de suborno, por exemplo, sem os dous termos da relação: o subornante e o subornado.

E' uma necessidade logica, uma exigencia conceitual, *aprioristica*. Mas ha tambem nas hypotheses,uma vez verificadas, de concurrencia facultativa,uma necessidade de facto, que chamarei *á posteriori*, tão indeclinavel, como a primeira. Assim, era possivel, *exempli gratia*, que Affonso IV, de Portugal assassinasse, por seu proprio punho, a Ignez de Castro ; mas uma vez dado o facto, como se deu, convertida a possibilidade indeterminada em realidade concreta, é tão necessario, no dominio da historia, que ao rei mandante se addicione os tres mandatarios, como é, no dominio da razão, que á ideia da mulher infiel se associe a de um cumplice, á da venturosa Fanny, na hypothese figurada, a do seu velho e inditoso amante. E d'ahi resulta que, em ambas as especies de concurso, as consequencias são as mesmas, no que respeita á instrucção criminal.

X

O que se deve entender por direito autoral

Em uma das theses por mim apresentadas no ultimo concurso, pareceu-me justo, ao fazer a classificação dos direitos civis, incluir uma nova categoria, que designei pelo nome, um pouco exquisito, de *direito autoral*. Ninguem, mais do que eu mesmo, pudera ter a certeza de produzir com essa novidade a *impressão do inaudito*: e foi precisamente firmado nessa ideia que ousei esperar ser arguido naquelle ponto. Porém as minhas esperanças foram frustradas. A these passou incolume, não obstante ser ella a que talvez melhor occasião offerecesse para um espirito de talento mostrar a sua valia, dando batalha ao seu contendor; o que se torna ainda mais comprehensivel, quando se pondera que está em via de formação o codigo civil brasileiro, e as questões suscitadas pela these deviam trazer, além do mais, um certo caracter de actualidade.

Entretanto, nem isso teve força, para chamar a attenção, principalmente de um ou outro moço *esperançoso*, a quem incumbia, *ex vi* das suas pretenções, lançar por terra o *orgulho* e as singularidades do velho concurrente desprotegido. Porém... qual!... Ninguem se lembrou de combater a minha extravagancia, sendo digno de nota que a cousa não deixára de causar espanto e motivar mais de uma interpellação particular sobre o sentido e o alcance daquella especie de *corvo branco*, por mim qualificada de *direito autoral*.

Como sou dotado da faculdade de representar-me até asidéas mais prosaicas e abstractas, sob o *schema* de uma mulher bonita, posso dizer que a minha these foi semelhante a uma linda moça, que provocasse um rapaz ingenuo, mostrando-lhe, em toda a sua peregrina belleza, os eburneos hemispheroides de um seio de fada, ou a polpa

diabolica de uma perna brasileira (as funcções do *crescer e engrossar* são vegetativas, e no Brasil a vegetação é luxuriante), porém fôsse repellida pelo ditoso mancebo, que esconjura o anjo máo e foge das tentações.

Mas note-se bem: para o puro tudo é puro. Não vão por ventura descobrir nessa minha comparação, que aliás tem mais de poesia do que de realidade, algum documento comprobatorio da maior capacidade do meu antagonista para o lugar que pretendemos. O que eu quiz deixar gravado, por meio de uma imagem, no espirito do leitor, foi que a minha these, envolvendo uma idéa nova e até, posso affirmal-o, com apparencias de *heresia juridica*, segundo a phrase corriqueira, não teve com tudo a sorte de attrahir um olhar, nem se quer de piedade, da parte de quem ao certo devia ser o mais interessado em demonstrar a sua exquisitice, quando não a sua erroneidade.

Não sei se me é vedado em tal assumpto, que é serio, permittir que se movam livremente os musculos do riso; mas eu não posso conter-me, ainda mais, porque tenho sobre a *faculdade de rir* uma theoria assentada. Concordo com o professor italiano Antonio Tari que.... l'uomo fu ben definito — *animale del riso*. Opino com Goethe que o caracter do homem não se póde determinar melhor do que pelas cousas de que elle zomba, e n'este ponto ainda associo-me a Diderot, que affirma ser o riso *a pedra de toque*, não só do nosso gosto, mas tambem da bondade e da *justiça*.... Quando outra me falte, sirva-me ao menos, no meio em que vivo, e na phrase do meu litterato..... « la sapienza *del sorriso*, che pure era il senno di Socrate. » Este pequeno capitulo de *esthetica da pilheria* veio apenas para justificar-me de não poder reprimir uma gostosa risada, ao lembrar-me dos escrupulos e receios que causou a tal historia de *direito autoral*. E é certo que não se tratava, como ainda não se trata, de um simples *acto* academico, mas de uma exhibição de conhecimentos sufficientes para o professorado de uma Faculdade juristica! Se aqui não é permittido dar largas ao riso, não sei, onde sel-o-ha.

I

Ponhamos porém de lado, por ser alheio e improprio da sciencia, tudo que possa parecer uma allusão pessoal, e passemos ao assumpto, que nos espera.

Na minha resposta a um dos pontos questionados pela Faculdade, eu disse que a classificação preferivel dos direitos civis, por abranger o quadro de todo o direito privado, é a que os dispõe nas cinco seguintes categorias: —1°, direito das pessoas, inclusive o das pessoas juridicas e o *direito autoral*; —2°, direito de familia; —3°, direito das cousas;—4°, direito das obrigações; —5°, direito hereditario.

Não é meu intuito, nem viria a proposito, apreciar aqui, em todas as suas partes, a these mencionada. Permaneço firme na convicção de que o quadro está completo. Apenas julgo-me obrigado a declarar que a classificação, assim feita, não é de todo incontestavel, e poderia dar lugar a muitas questões importantes, que entretanto ninguem se dignou de suscitar. Pelo menos, é sabido que a theoria das *pessoas juridicas* pertence ao numero das mais controvertidas, e indagar, por exemplo, se a distincção entre as *universitates personarum* e as *universitates bonorum* tem ou não alguma influencia na classificação dos direitos das pessoas, não era um ponto de pequeno valor. Tam pouco se poderia considerar como tal a indagação da parte que ainda se deve fazer ao direito romano na genese conceitual da pessoa juridica. Mas tudo isto não caberia no plano do presente escripto.

O que aqui nos occupa, é a ideia do *direito autoral*. E perguntemos logo: que sentido está ligado a tal direito? Como se justifica a sua inclusão na ordem dos direitos civis, e ainda mais—que elle seja inscripto no circulo do direito das pessoas? Eis a questão, ou antes as questões, que me proponho elucidar.

O leitor attenda; eu careço de sua attenção. Ao cursar o primeiro anno da Faculdade, o estudante que toma ao serio o seu compendio de *Direito natural*, trava

conhecimento com uma theoria, que lhe absorve longo tempo de meditação, para tambem posteriormente desapparecer de todo e durante o resto do curso não figurar mais no quadro dos estudos juridicos. Refiro-me á theoria da chamada *propriedade litteraria*. Esta propriedade, sobre a qual se costuma dizer, no dominio de um imaginario direito natural, as cousas mais bonitas, posto que o conceito de *litteratura* seja tão conciliavel com o de um estado de *natureza*, como a ideia de *croisé* com a de *orangotango*, essa propriedade é quasi como se não existisse, quando se passa ao dominio do direito positivo.

Não ha duvida, e todos sabemos, que o Codigo Criminal, no art. 261, comminou penas para garantir tal propriedade. Mas isto nada resolve. Além da sancção penal referir-se sómente a uma ordem de factos, que não abrange a totalidade dos casos possiveis, resta sempre de pé a questão de saber, de que natureza é o direito que o Codigo alli garantiu, e qual a posição que elle deve occupar no systema da sciencia juridica.

A expressão *propriedade litteraria*, com que se costuma, segundo a maneira franceza, designar o direito do autor de um producto qualquer da ordem espiritual, é intuitivamente incapaz de bem representar o conceito da cousa. Ella dá lugar a que se attribua a esse conceito uma extensão menor do que elle tem. Realmente, é difficil de comprehender como póde ter applicação a ideia de uma *propriedade litteraria*, tratando-se de musica ou de pintura, de dezenhos e modelos, ou de quaesquer obras artisticas, nas quaes se accentùa a individualidade de um talento, e que nada entretanto têm que vêr com a litteratura. A expressão *direito autoral*, que é correspondente ao *Urheberrecht* dos allemães, não se resente de igual defeito, é muito mais comprehensiva.

E para que se não me accuse, logo aqui, de querer introduzir entre nós ideias germanicas, por ventura inacceitaveis, eu observo que, pondo de parte mesmo a Allemanha e seus juristas, se quizermos exprimir por uma phrase ampla o direito garantido e consagrado pelo art. 261 do Codigo Criminal, a de *direito autoral* se adapta melhor ao pensamento do legislador, do que a de

propriedade litteraria. Basta lembrar que o Codigo falla de... «quaesquer escriptos ou estampas» e este ultimo conceito póde estender-se muito além do circulo das letras. Assim aquelle que imprimisse ou lithographasse, por exemplo, sem consentimento do pintor, a cópia de um bello quadro, não seria menos criminoso, dadas as outras presupposições do crime, do que aquelle que contrafaz um livro; e, todavia, alli não se trata de litteratura, não ha, no rigor do termo, uma propriedade litteraria. Mas este ponto é secundario; vamos ao mais importante.

A doutrina do direito autoral, como elle acaba de ser determinado, é ainda na hora presente um campo de batalha, em que se debatem opiniões diversas. Com effeito, no parecer de alguns, é contestavel se existe realmente esse direito, ou se, ao contrario, não são sómente prohibidas certas acções, que vão de encontro aos interesses dos autores. Disputa-se mais sobre a categoria juridica, a que elle pertence, e ainda sobre saber, em geral, se elle é um direito de propriedade, ou um direito pessoal, ou uma especie particular de direito.

Dest'arte, entre outros, von Gerber contesta que ao autor pertença um direito subjectivo com relação a sua obra. O autor, pensa elle, quer ter a satisfação de influir sobre o publico por meio do seu trabalho, e tem, além disto, interesses pecuniarios, a respeito dos quaes é protegido pela prohibição legal da contrafacção. (1) Este modo de vêr, porém, não passa incontestado. Otto Stobbe, por exemplo, é de parecer que, quando a lei, cedendo ás exigencias da justiça, prohibe a contrafacção, ella não quer sómente salvaguardar os interesses do autor, mas tambem reconhece que o contrafactor viola um direito.

Na protecção dispensada ao interesse do autor repousa implicitamente o reconhecimento do direito autoral como um direito privado. (2) Não fica ahi. A ordem juridica, prosegue Stobbe, não garante sómente o autor em seu interesse, quando este é violado por outrem, mas

---

(1) *Privatrecht*—§ 219—*Abhandl.*—pag. 266.

(2) *Handbuch des deutschen Privatrechts* III - pag. 7.

ainda considera o direito autoral como um objecto, sobre o qual são possiveis certos negocios e luctas de direito, sem que mesmo se tenha dado uma contrafacção. Atè aqui Stobbe é irrefutavel, mas elle abandona o verdadeiro ponto de vista, combatendo sem razão as opiniões de Bluntschli, Beseler, Ortloff e outros, que sustentam o caracter pessoal do direito em questão e de quem mais se aproxima á sua propria doutrina.

Ha ainda escriptores que expressamente classificam o direito autoral no direito das cousas, e outros que o collocam no direito das obrigações por delictos e quasi-delictos. Mas todos elles, posto que não deixe de existir em suas tehorias uma boa parte de verdade, comtudo não attingem o ponto precipuo da questão.

II

O direito autoral, como todos os direitos, quer objectiva, quer subjectivamente considerados, tambem tem a sua historia. Comprehende-se de prompto que fóra de qualquer grão de cultura, não se póde fallar de semelhante direito. Porem é um erro suppor, como fazem alguns autores, que a historia d'elle começa propriamente com a invenção da imprensa. Com effeito, não só já na antiguidade encontram-se queixas sobre a violação do direito autoral (em Marcial, por exemplo, que nos conservou o nome de um plagiario, Fidentino, e chamou o seu procedimento um *furtum manifestum* (3), mas tambem na idade média aquelles sabios e artistas, que primeiro protestaram contra a indevida multiplicação de suas obras, queixavam-se justamente de serem reproduzidos, sem o seu consentimento, productos espirituaes, aliás não impressos.

Não obstante, porem, deve reconhecer-se que só depois de apparecer a imprensa, é que principiou o desenvolvimento propriamente dicto na historia da contrafacção, ao passo que antes disso toda esta materia tinha

(3) Liv. 1º epig. 53, 54, 73; Liv. 10 epig. 100.

uma significação secundaria, tanto na praxe, como na propria sciencia juridica.

A tal respeito diz com acerto Wachter:

« Emquanto os livros só eram multiplicados por meio de cópia, o autor não tinha razão sufficiente para reclamar um direito exclusivo á multiplicação dos exemplares. Isto porém alterou-se desde que appareceu a arte typographica. Esta forneceu um facil meio mecanico de vasta multiplicação e, por este modo, tambem um alargamento do commercio litterario; pelo que então as obras dos escriptores adquiriram uma significação inteiramente nova.»... (4)

E são tambem dignas de menção as seguintes palavras de Heydemann: —«Propriedade litteraria e artistica, no sentido moderno, era desconhecida da antiguidade. A exigencia, que se faz, de uma protecção do direito de autor se liga *externamente* aos meios modernos de multiplicação e diffusão, e *internamente* ás vistas modernas sobre uma industria de natureza espiritual.»(5)

Isto é exacto; e para melhor comprehende-lo, basta observar que os jurisconsultos romanos tinham a ideia do ganho por inconciliavel com a vocação do jurista, e, ainda no terceiro seculo do Imperio, Ulpiano não hesitou em dizer: —... est quidam res sanctissima civilis sapientia, sed quæ pretio nummario non sit œstimanda nec dehonestanda.(6) E quanto aos philosophos especialmente: hoc primum profiteri eos oportet mercenariam operam spernere... Mas esta velha intuição não tem mais razão de ser; nem ha hoje quem seriamente ouse pôr em duvida a legitimidade das pretenções do pensador, do escriptor, do artista, a auferir uma vantagem do seu trabalho.

Assim, já ha longo tempo, esse direito foi reconhecido, e a primeira fórma do seu reconhecimento foi o *privilegio*, quer do autor, quer do editor. Porém essa primeira phase, posto que se prolongasse desde o decimo quinto até ao presente seculo, devia acabar por mostrar a

(4) *Verlagsrecht*—I—pag. 4.
(5) *Vortrag in der philosophischen Gesellschaft in Berlin* 1872.
(6) L. 1. § 4, 5 D. *de extr. cogn.* (50, 13)

insufficiencia do meio. Surgiu então o conceito de uma propriedade litteraria, artistica, etc. reclamação absurdamente consequente, como diz Felix Dahn de um *droit éternel de l'auteur*, segundo a phrase do congresso de Bruxellas em 1861.(7)Veio depois um terceiro estadio,em que a doutrina dominante é a de um *direito autoral* identico ao direito do editor e do livreiro, puro direito de propriedade.

Mas não parou ahi. O que ha de exacto em tal doutrina, isto é, a importancia dada ao interesse real, ás relações economicas do autor, não suppre nem compensa o que ella tem de erroneo. A theoria tomou outra feição, e chegou-se emfim a conceber o direito autoral como uma derivação da pessoa, como um direito classificavel entre os direitos pessoaes.

Neste pé se acha a questão. Os diversos modos de encara-la e resolve-la, têm todos ainda os seus representantes. Entretanto me parece que a verdade está do lado dos que seguem o ultimo ponto de vista. O direito autoral, diz Bluntschli, pertence á classe dos direitos geraes humanos. A obra é uma expressão do espirito pessoal do autor, um pedaço da sua personalidade. (8)

E, coherentemente, Bluntschli trata do direito autoral na secção do direito das pessoas, depois das pessôas juridicas.

Semelhante é o pensar de Ortloff, Gareis, Lange, Dahn, Orelli e alguns mais. Orelli, é verdade, faz uma modificação, porém de pouca importancia; pois diz que o direito em questão é realmente pessoal em sua origem, mas a elle se prendem consequencias attinentes á propriedade, e é justamente a estas que o legislador protege. (9)

Exacta, porém, totalmente exacta considero a opinião de F. Dahn. Elle se exprime assim: « O autor tem uma acção para fazer reconhecer a sua autoria, onde ella é contestada; só depois, e por via de consequencia, é

(7) *Deutsches Privatrecht, Grundriss* (1878) pag.—44.
(8) *Privatrecht*—§ 46.
(9) *Der Schutz des litt. u. kunstl. Eigenthums*—pag.116.

que lhe cabe uma acção para prohibir certos actos incompativeis com essa autoria juridicamente protegida, bem como para fazer-se indemnisar de qualquer prejuizo produzido pela violação do direito de autor; e emfim lhe cabe a acção criminal para fazer punir a quem quer que o tenha violado. » (10)

E' esta, portanto, a opinião que abraço, a opinião do sabio professor de Kœnigsberg, que externei na minha these e que pretendia sustentar; porém os espiritos *superiores*, que hoje se julgam mais competentes do que eu para o professorado, tiveram o cuidado de não bulir com aquillo que não entenderam. Ainda foi uma prova de *magistral* prudencia ! Mas tambem é o caso de repetir o que uma vez eu disse, ao pegar um pretencioso em flagrante delicto de ignorancia : só sinto que a lingua escripta seja impotente para exprimir uma gargalhada...

Não sei se me engano, porém quero crer que, para a ordem dos espiritos lucidos, a theoria civilistica, que acabo de expôr, posto que nova entre nós, é todavia muito acceitavel. Ha sómente contra ella uma objecção, que tambem só póde vir daquelles que, com os seus decennios e vicennios de pratica, applicando ao direito o conceito naturalistico da *especie*, vêem-se sempre diante de estranhas novidades: um burro mesmo, ao qual se cortassem o rabo e as orelhas, seria para elles uma especie nunca vista. A objecção é a seguinte: o direito de autor é garantido entre nós pela lei penal; o que cabe no dominio da lei civil, é simplesmente a indemnisação do mal causado pela violação desse direito, e isto nada tem que vêr com a personalidade, mas sómente com o *quanti interest*, com as relações economicas do autor. Sendo assim, parece incabivel dar-se á autoria o caracter de um direito pessoal.

Não asseguro que a objecção me pudesse ser feita nestes mesmos termos ; porém, no fundo, seria isso pouco mais ou menos. Vejamos, entretanto, o que ahi ha de analysavel. E' certo que o direito de autor é protegido pela lei penal; mas tambem é certo que o damno é um

---

(10) *Patentgeset*— pag. 356.

crime definido pelo codigo, e comtudo as acções de damno não ficaram excluidas da esphera civil. A garantia do art. 261 só existe para os casos dolosos, não comprehende os casos de natureza juridica differente. Mas estes podem estender-se até um terreno, em que se levante contestação ou luta de direito, não tanto sobre o interesse, como sobre a qualidade autoral de quem reclama esse mesmo interesse, e, em taes condições, o ponto juridico a decidir é meramente pessoal. Dir-se-ha por ventura que questões de semelhante ordem, por sua nimia raridade, não merecem ser tomadas em consideração, para alterar-se o velho systema de direito privado. Isto, porém, nada adianta. Nós vivemos, é verdade, em um paiz, onde taes questões nunca se deram, nem é provavel que se dêm. Porém tambem vivemos em um paiz, onde nunca se tentou, nem jamais tentar-se-ha, *verbi gratia*, oppor directamente e por factos á reunião da Assembléa Geral Legislativa, e todavia ahi está o art. 92 do Codigo Criminal, a par de não poucos outros, que de igual modo punem delictos puramente suppositicios e entre nós quasi impossiveis.

III

A construcção de hypotheses, a figuração de casos, muitas vezes presta ao estudo do direito o mesmo serviço que os processos graphicos ao estudo da mathematica. Supponhamos, pois, que um escriptor brasileiro publicasse uma obra, na qual parecesse haver um crime por abuso da liberdade da imprensa, em que coubesse a acção da justiça. A promotoria iniciava o processo; mas apparecia como responsavel, não o autor do escripto, porém, como de costume, o autor que se obrigára. Seguidos os termos legaes, acontecia afinal que a accusação fôsse julgada inefficaz, absolvendo-se o accusado. Mas a obra fazia época, e o chamado *testa de ferro*, persuadido de poder fazel-o, vendia a um livreiro a propriedade della. O escriptor oppunha-se, porém o seu subrogado

insistia. Uma verdadeira luta pelo direito. E qual seria então o ponto central da contenda, se não o reconhecimento da autoria, da qualidade pessoal de autor, como presupposto da faculdade de dispôr da obra em questão?

Mais outra hypothese. Imaginemos que um musico da terra, com a mais profunda boa fé, entendesse poder imprimir um volume de *variações* sobre os mais bellos motivos de todas as operas do Sr. Carlos Gomes, e agora mesmo, nas barbas do componista, atirasse-o á publicidade. O maestro reclamava, mas o illustre *variador*, que figuro ser um desses muitos *génies méconnus*, de quem diz a legenda que, quanto mais *alcoolisados*, mais gigantescos se mostram no manejo do seu instrumento, contestava que chegasse a tal altura o direito do reclamante. Era, pois, uma questão de limites juridicos. Sendo ella por ventura levada aos tribunaes, qual sería o ponto a elucidar e decidir? Unicamente o direito pessoal de autor.

Ainda não basta. E' bem conhecida a luta que, ha alguns annos, travou-se entre dous litteratos francezes a respeito do drama *Supplicio de uma mulher*. Nada mais nem menos do que um *combate pela gloria*, pelo nome de autor da peça. Ora, se o caso se désse no Brasil, e os dois contendores comprehendendo que o direito é um *processo de eliminação das irregularidades da vida social*, que o circulo da justiça abrange muito mais do que as questões por *uma cangalha*, ou por um *arrendamento de engenho*, quizessem juridicamente definir suas posições, de que é que, em ultima analyse, se trataria no caso? De esclarecer e firmar o verdadeiro conceito da autoria litteraria, de alguma cousa, portanto, que é inherente á personalidade.

Bem sei e não dissimulo, que todas as hypotheses, com que acabo de illustrar a theoria, são capazes de produzir até em lettrados uma certa impressão comica. Se os homens nunca ouviram isto!... Se as Ordenações são omissas, se os praxistas nada lhes dizem, se a propria litteratura civilistica franceza quasi nada lhes ensina a respeito, como, pois, não perdoar-lhes que se espantem do meu *direito autoral*, que a final de contas é sempre uma *germania*, uma cousa da Allemanha! ?

Mas eu estou exagerando e commettendo uma injustiça. *Mes amis les ennemis*... nunca disseram que se tratava de uma idéa allemã, e simplesmente pela razão de não saberem o que era. Dahi o religioso acatamento, de que a minha these foi merecedora. Não ha duvida, portanto, que sou um homem aspero e intractavel, não deixando de ser até prejudicial a mim mesmo.

Todavia, insisto na explanação da doutrina que abracei; e não para dar aqui mais uma prova dos meus esforços, mas tão sómente para ser agradavel a serios e dedicados amigos.

Figuremos ainda alguns casos illustradores do assumpto. Supponhamos que uma especie de *firma social litteraria*, como Erkmann-Chatrian, ou Chauveau et Hélie, dê á luz um livro de alta importancia. Um dos membros da empreza intellectual, visando de preferencia o interesse economico, quer transmittir, por bom preço, a sua propriedade, mas o outro, que é menos interesseiro, oppõe-se a isso, e não ha vantagem pecuniaria, que o faça ceder.

Não temos ahi uma complicação, uma irregularidade da vida? E quem póde elimina-la? Sómente a justiça por seus orgãos. Não é um caso de *appellar para Deus*. Dado porém que surja o pleito, o seu fim não será outro, senão traçar as raias juridicas da collaboração litteraria e, por conseguinte, determinar o direito pessoal do autor.

Ainda mais: alguem reduz a drama um romance de outrem, que protesta contra o facto e suscita uma questão semelhante á que se deu na Allemanha entre Bertholdo Auerbach e Charlotte Birschpfeiffer, a illustre mãi de Wilhelmine von Hillers, *mater pulchra, filia pulchrior*, sobre a composição dramatica— *Dorf und Stadt*,— que a escriptora derivára da narrativa do escriptor, *Frau Professorin*. Não se trata de uma paga ou honorario, que um exija, e outro negue. Trata-se sómente de um direito, que o romancista julga ter, de ser respeitado em sua obra, para ninguem poder utilisar-se della, sem sua licença, direito este, porém, que o dramaturgo contesta. E' uma questão nova, sem duvida, mas não impossivel no dominio da jurisprudencia; uma questão

juridico-pessoal, que uma vez suscitada, não poderia ser resolvida com o auxilio das idéas romanas da *confusio* e da *mixtio*; havia mister de principios superiores. Era a questão da *originalidade* encarada como factor determinante de consequencias juridicas e dest'arte inteiramente fóra do circulo das demandas communs sobre *lucrum cessans* e *damnum emergens*.

Basta de casuistica. Se o que tenho figurado, não é sufficiente para esclarecer a doutrina, nada mais sel-o-ha. Resta, porém, ainda um lado do assumpto, que não foi apreciado, e não deve passar despercebido. Com effeito, podem objectar-me: se uma dessas questões, que ahi foram hypothetisadas, apparecesse entre nós, como seria possivel julgal-a, desde que não temos lei, nem estylo ou costume nacional a tal respeito? Objecção especiosa, mas no fundo frivola e insignificante. Nós somos ainda, em materia juridica, um povo da *bôa razão*, pelo menos, da bôa razão de *jus gentium*, que continúa a ser uma fonte do nosso direito. Quantas não são as causas, judicialmente decididas, sem que aliás exista para ellas uma lei expressa?

A velha razão, infallivel e absoluta, dos inventores de um *direito natural*, essa não deve, ao cèrto, ser mais invocada como oraculo de verdades. Mas o mesmo não se diz da razão subjectiva, esclarecida pela sciencia e sempre dependente do grau de cultura, do espirito do povo, n'uma epoca determinada. Ella se faz ouvir pelo orgão de todos os *conditores juris*, que não são sómente os legisladares, mas tambem os juizes e, em geral, todos aquelles que de qualquer modo contribuem para a formação do direito nacional. Nada pois de mais acceitavel, neste terreno, do que a opinião de Franz Adickes. Elle diz: « Onde a lei e o costume não dão preceitos, onde não existe uma geral convicção juridica, o que póde decidir as questões, é a propria convicção individual; e deve-se reconhecer que ha duas especies diversas de direito objectivo, isto é, o direito já objectivado no mundo exterior, e ao lado deste tambem outro direito, que só nasce pela urgencia dos casos particulares. O principio, assim descoberto, é um verdadeiro

principio juridico, e a fonte donde elle sahe, isto é, a razão subjectiva, tambem uma verdadeira fonte de direito.» (11)

Esta maneira de ver tem todo o cabimento entre nós outros, que não podemos lisonjear-nos de possuir boas leis para resolver quaesquer complicações da vida civil. Eu sustento a theoria da *positividade* de todo direito; mas para mim positividade tem mais extensão que *legalidade*. O silencio da lei não é pois, em caso nenhum, uma razão peremptoria de negar-se a distribuição da justiça, quando esta é reclamada. A phrase forense—*carecer de acção*—é um invento da *chicana*, quando não é um effeito da ignorancia. Só carece de acção quem carece de direito. Os romanos deram disso grandes provas. Se vemos que, entre elles, poude uma vez o pretor Q. Valerio litigar judicialmente com o consul C. Catulo para decidir-se, a qual dos dois pertencia a gloria de uma batalha naval (12), por que razão não poder-se-hia entre nós propor uma acção em juizo para se decidir a quem compete, por exemplo, a gloria de um bom livro?...

Vou concluir; mas, ao fazel-o, julgo dever dirigir um pedido aos meus adversarios. E' para que se dignem de, em quanto eu continúo a rir-me dos *talentos aproveitaveis*, que tiveram medo do meu *direito autoral*, enviar ao governo, inclusive o imperador, o presente escripto como um dos maiores desaforos do genero. E se quizerem levar bem adiante o *manejo diplomatico*, até lhes aconselho que façam chegar ao conhecimento imperial que sou o autor da *Offener Brief an die deutsche Presse*, na qual, aos olhos de quem poude me lêr, eu me mostrei um subdito petulante. Contem isso, que talvez tirem proveito.

Segundo li ultimamente em um jornal do sul do imperio, o sabio naturalista allemão, Fritz Mueller, que alli reside, acaba de descobrir que a natureza, entre nós, cercou certas plantas selvagens de meios de protecção contra o ataque das lagartas. E' assim que o *maracujá*, diz elle, é dotado de umas glandulas, que secretam um

(11) *Zur Lehre von den Rechtsquellen*—pag. 9.
(12) V l. Max. cap. 8 § 2.

mel especial, o qual attrahe umas formigas pretas, que deliciadas por aquelle nectar não consentem que as lagartas se approximem.

Eu sou uma dessas plantas selvagens. Tambem guardo o meu mel; é um pouco de poesia, que não me abandona mesmo nos momentos mais criticos da existencia. Tenho tambem commigo uma formiga preta: é a ironia, a ironia reflexa, que zomba até da propria zombaria, a ironia que me defende das más impressões que me possam causar a intriga e o *mexido* das almas pequeninas. (13)

---

(13) Este artigo foi publicado no Recife nos dias em que o auctor tinha acabado de fazer concurso para o logar de professor da Faculdade de Direito. (N. de S. R.)

XII

Direito romano

Andam ahi pelas mãos dos estudantes do primeiro anno da nossa Faculdade uns chamados *pontos de direito romano*, explicados e desenvolvidos por *alguem* que teve medo de declarar-se autor e assignou-se *Vico*....

E' um trabalho misero, onde se lê entre as linhas que o autor só teve um alvo: ganhar dinheiro, com desvantagem daquelles, que por qualquer motivo são obrigados a comprar semelhante porcaria. Mas releva protestar alto e bom som contra tal immoralidade.

Consta que o autor dos *pontos* em questão é o Dr. José Soriano de Souza, medico e philosopho, bastante entendido nas coisas do céu e muito mais ainda nas coisas da terra. Uma razão de sobra para estygmatisar o que ha de pouco serio e pouco religioso nessa *industrialisação* da sciencia, e de uma sciencia que elle ignora...

Com effeito, em materia juridica, o Dr. Soriano é completamente leigo; não merece nem mesmo as honras de *rábula*. Com que titulos se arroga pois o direito de preparar e explanar *pontos* de uma materia, onde elle é, quando muito, um dilettante, mas sempre, em virtude do seu espirito acanhado, da sua reconhecida falta de talento, um dilettante mediocre?

A resposta não é facil. Mas é facil atinar com a causa commum de phenomenos dessa ordem. O Dr. Soriano é um *semi-santo*, que gosta de *pelejar as pelejas* do Senhor, e, como tal, não encontra embaraço de naturesa alguma para a realisação de seus planos. Medico e philosopho, posto que digam os medicos que elle só nasceu para philosopho, e os philosophos redargúam que só nasceu para medico, chegando ambos afinal, para evitar barulhos, ao commum accordo de que elle só nasceu para

frade, o illustre doutor quer ainda conquistar a fama de *jurista*.

Um outro, que em iguaes condições levasse tão alto a sua pretenção, seria logo chamado á ordem; mas elle, não. Qualquer que seja a materia, sobre a qual queira fallar *ex-cathedra*, está dentro do seu horizonte. Elle *pontifica* em todas as *dioceses* e ninguem lhe sáe ao encontro. O homem é muito feliz!...

Entretanto, importa observar que o facto de não ser o Dr. Soriano formado em direito não constitue aos meus olhos uma razão peremptoria de se lhe negar competencia para tratar de assumptos juridicos. O que torna censuravel a sua ousadia, é a falta de conhecimentos capazes de dar ao seu emprehendimento um caracter grave, e a *segunda intenção*, que se lhe nota, de pescar nas aguas turvas do pouco estudo, aliás tão geralmente lastimado.

Elle veiu contribuir para aggravar esse mal. Os seus *pontos de direito romano* são de uma esterilidade exemplar; e seriam indignos de qualquer analyse, se o que estivesse em questão não fôsse alguma coisa de muito mais importante do que a incapacidade scientifica do Dr. Soriano.

Eu não sei a que systema ou escola o illustre doutor se filia como medico; porém, a querer tirar da sua profissão, do seu titulo academico, uma caracteristica dos seus *pontos*, bastaria dizer que elles formam uma especie de mau *purgante juridico*, salvo a outrem o direito de melhor qualifica-los.

O novo *romanista*, tomando por base o programma de ensino da segunda cadeira do primeiro anno, escreveu umas pobres dissertações, sobre cada uma das theses desse programma; dissertações, que vão provalvemente servir de guia aos examinandos no fim do curso, e que entretanto só tem, só podem ter uma propriedade: a de deixar no espirito delles uma falsa idéa do direito romano.

O que não é banal, estultamente banal, no trabalho em questão, é chatamente inexacto. O illustre doutor tem o ar de quem presta um relevante serviço aos estudantes *vendendo-lhes* velhas verdades, que elles encontram

melhor expressas em qualquer expositor, de mistura com erros e lacunas, que só o Dr. Soriano póde commetter.

E estas faltas se fazem notar logo desde o primeiro ponto, ainda no terreno das generalidades. Vamos prova-lo.

Depois de algumas linhas sobre a definição do direito romano, o autor passa a dividi-lo em tres classes, conforme o ponto de vista sob o qual é considerado. A primeira classe ou o ponto de vista das relações, que elle é destinado a governar, dá a divisão do direito em *publico* e *privado*. Em seguida diz o autor: « Por direito publico se entende o complexo de regras que regulam as relações entre o corpo social e os membros que o compoem, quaes são por exemplo aquellas que ordenam os poderes sociaes. *Jus publicum est quod ad statum rei romanæ pertinet.* »
—E... nada mais!

Porém isto é serio? Acreditará seriamente o Dr. Soriano que veiu prestar um serviço á mocidade? Talvez. Elle acredita em coisas peiores, por exemplo, na sua competencia para tratar de taes assumptos.

Se houvesse entre nós o costume de dar aos meninos, no ensino primario, uma ligeira, uma vaga idéa do que foi o direito romano, nem aos meninos, n'esta hypothese, o venerando doutor seria util. Como porém, sel-o-ha, em qualquer grau, a moços que frequentam uma Faculdade?

E vão vêr que elle é um dos muitos que vivem á bradar contra o pouco estudo e a degradação do ensino! Entretanto não tem escrupulo de metter-se a *jurista*, para fabricar *pontos* de uma sciencia, que desconhece, e expol-os publicamente á venda. Isto é muito religioso!...

As linhas que citei encerram um corpo de delicto contra o nosso romanista *in fieri*. Limitando-se a dizer, sobre o direito publico, aquellas phrases banaes, elle não viu quanto esta banalidade póde influir, e de um modo prejudicial, no espirito dos principiantes.

Completamente baldo de critica scientifica, lendo o *Corpus juris* com a mesma falta de discernimento, com a mesma dóse de idiotismo *transcendental*, com que lê a *Summa totius theologiæ*, o Dr. Soriano não tem nem se quer um leve presentimento do muito que o seu trabalho deixa a desejar, por lacunoso e erroneo.

Dada a definição de direito publico nos termos mencionados que ficam mesmo aquem de uma pobre traducção litteral do respectivo texto das *Institutas*, o estudante que delle se serve nada aproveita. E basta citar-lhe dous ou tres textos em contrario, para deixal-o em completa confusão.

Com effeito, se direito publico é aquelle, só aquelle... *quod ad statum rei romanæ spectat*, como se comprehende que sejam filiadas no *jus publicum* as disposições sobre *usucapião* (D. 39, 2, 18, 1), sobre *direito hypothecario* (L. 24, 1, 7, 6), sobre *alienações dolosas* de devedor insolvavel (D. 20, 1, 8), sobre as *escusas*. (D. 26, 2, 29, 27, 1, 36, 1) sobre a *responsabilidade e prestação* de contas dos tutores (D. 26, 7, 5, 7, 27, 8, 1, 9), sobre a *quarta falsidica* (D. 35, 2, 15, 1) sobre a *caução* que deve ser ou não prestada pelo herdeiro (D. 35, 1, 77, 3, 36, 3, 12), e finalmente sobre *funeraes* (D. 11, 7, 20); como se explica tudo isto? O moço que tiver estudado direito romano pelos *pontos* do illustre doutor, e por ventura fôr interpellado sobre essa importante questão, que responde? Sr. Dr. Soriano, tenha um pouco mais de consciencia !...

Outrosim: fazendo-se a *palingenesia* do titulo das *Institutas*, que se inscreve *de justitia et jure*, vê-se que elle foi tirado principalmente de Ulpiano. Pois bem: Ulpiano (D. 1, 1, 2) diz—*publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Porque razão as *Institutas* não acceitaram esta divisão tripartita? Foi descuido, ou proposito dos compiladores? Se descuido, como justifica-lo? Como proposito, como motiva-lo? Que eram o direito *sacral* e o direito *sacerdotal*, que com o *magistratico* formavam o direito publico? Se estas perguntas fôrem feitas a quem só tem por guia os *pontos* do Dr. Soriano, tomam ao certo o caracter de enigmas do esphinge. Entretanto, ellas pertencem ao dominio da sciencia juridico-romana.

Temos, porém, a apreciar cousa ainda peior. Diz o nosso romanista: « O direito privado subdivide-se em *natural* ou *das gentes* e *civil*. ». Dous membros da divisão: de um lado, *direito civil*, e de outro lado, *direito*

natural identificado com *direito das gentes*. Mas é erronea semelhante asserção.

Só muita ignorancia da materia póde explicar a facilidade, com que o Dr. Soriano julga poder absorver em poucas linhas e em theses categoricamente falsas, um dos mais difficeis assumptos da historia do direito, isto é, a theoria do *jus naturale, jus gentium* e *jus civile* dos romanos.

Com que fundamento o *venerando* doutor identifica os dous primeiros conceitos, como se tratasse de uma cousa liquida, incontestada? E isto para ser ensinado a jovens academicos!...

Pois é a elles mesmos agora que eu peço um pouco de attenção.

Do fundo variegado e confuso, que na doutrina do *jus naturale* formam os dogmas da philosophia grega e romana, surge a theoria juristica, apresentando um quadro menos rico, porém ao certo mais seguro e vigoroso.

Em uma evolução não interrompida, esta doutrina dos juristas romanos filia-se no *jus naturale* das epocas precedentes; e ao passo que na ultima phase da republica, Cicero apparece como portador dessa mesma doutrina sobre terreno puramente patrio, já nós encontrámos na porta do imperio um Labeo (D 47, 4, 1, 1), Sabino e Cassio (D. 41, 1, 7, 7), um Javoleno (D. 35, 1, 40, 3), um Neracio (D. 12, 6, 41), familiarisados com ella.

O *jus naturale*, chamado tambem por Marciano *jura naturalia* (I. 1, 2, 11), por Pomponio *jus naturæ* (D. 50, 17, 206), por Modestino *natura justum* (D. 27, 1, 13, 7), é o conjuncto dos preceitos dados pela *lex naturæ*. O sujeito do *jus naturale* é o homem, e os direitos deste formam os *jura naturalia*, que são indicados por denominações de facto, como *jus sanguinis*, *jus cognationis*, etc., (D. 4, 5, 8).

O *jus naturale* apparece como verdade absoluta no dominio do *jus*, pelo que a consequencia especulativa o reconhece como uma regra imposta a todos os homens. Nesta these mesma, porém, repousa uma porção de outras consequencias especulativas, que se mostram nas quatro

seguintes posições: o *jus naturale*, é, ora commum a todos os homens, ora valioso entre todos os povos, ora vigente em todos os tempos, ora finalmente está elle em harmonia com o sentimento do direito, proprio do homem, com aquella voz intima de justiça subjectiva, com a *æquitas* em summa.

Porém importa notar: ao passo que o *jus naturale* é fornecido pelo ponto de vista, puramente especulativo, da indagação da ultima fonte das normas juridicas, e repousa essencialmente sobre o facto de ser elle a regra de direito dada pela *naturalis ratio*, o *jus gentium* sahio de uma divisão do mesmo direito pelo processo de formação historica. Dest'arte, em virtude da differença do ponto de vista regulador, a essencia do *jus naturale* e *jus gentium* mostra-se tão contradictoria, que parece excluir a possibilidade de ter jámais qualquer jurista daquelles tempos consequentemente sustentado uma identidade dos dous conceitos.

Abstrahindo, porém, deste ponto, para o qual não é possivel apresentar uma prova directa, podemos todavia dos systemas de Gaio e Ulpiano mesmo, onde os dous conceitos figuram de um modo mais ou menos indistincto, tirar o prova da não - identidade do *jus naturale* e *jus gentium*. A circumstancia de ambos comprehenderem, cada um por si, uma materia differente, dá em consequencia que o *jus naturale* põe-se ao lado do *jus gentium* como conceito autónomo e independente.

Na época em que aquelles dous jurisconsultos annunciavam os postulados da *ratio naturalis*, o *jus gentium* apparece como um producto da intuição juridica de muitos seculos, diversos entre si na disposição e direcção de espirito. Assim determinado esse conceito, levanta-se uma dupla contradicção entre o *jus gentium* e os postulados da *naturalis ratio*, isto é, o *jus naturale* mesmo.

Primeiramente: o *jus gentium* reconhece institutos de direito, que não se deixam expor como productos da *naturalis ratio*. Dest'arte Ulpiano (D. 46, 4, 8, 4), nas palavras: *hoc jure utimur, ut jures gentium sit acceptilatio*, remette a acceptilação para o *jus gentium*, ao passo

que por outro lado este instituto juridico é de todo estranho á *naturalis ratio*.

De igual maneira esta ultima apresenta verdades, que o *jus gentium* não realisa, que ao contrario só são realisados pelo *jus civile*, e ao passo tambem que por uma parte todos os direitos baseados sobre a *cognação* são classificados como *jus naturale*., e por outra parte exclusivamente o *jus civile*, que em relação á *hereditas* e a *bonorum possessio* lhe dá reconhecimento e efficacia pelas senatus consultos *Orphitianum* e *Tertullianum*, pelo *Edictum unde liberi* e *unde cognati*.

Todos estes momentos ou phases evolutivas das duas idéas não permittem a menor duvida de que a extensão do *jus gentium* e *jus naturale* foi realmente diversa. Em todo caso, porém, é evidente que o Dr. Soriano não podia aventurar-se a dar como decidida uma questão de tal quilate. Não se resolve um problema sério assim tão depressa, com a mesma rapidez com que o diabo *esfrega um olho*, ou uma velha faz o *signal da cruz* diante do primeiro bode que lhe apparece pensando que é *o suijo*. E muito mais grave do que suppôr o problema resolvido, é nunca ter conhecido a existencia delle. E' o que se nota no reverendo doutor.

O primeiro *ponto*, onde se encontram os erros apontados, está cheio de muitos outros disparates. Mas não posso demorar-me sobre todos, porque demanda uma paciencia não commum. Com o presente escripto, um dos meus mais altos designios é aproveitar um resto de tinta do *boião*; e ao certo não estou disposto a munir-me de outro, para derramal-o inteiro nas costas do romanista.

Limito-me, pois, a citar mais um pedacinho, que é caracteristico. Na parte em que trata da influencia do direito romano, o Dr. Soriano, referindo-se aos paizes, que codificaram o seu direito, diz que elles, posto que tivessem procurado com o *lenocinio das formas novas* e das divisões symetricas annullar a substancia daquelle, apenas conseguiram disfarçal-o, etc., etc.

Eis ahi; o leitor attenda bem: o illustre theologo é sujeito a accessos de rhetorica. Para mostrar que

tambem sabe fazer uma *phrase bonita*, empertigou-se, temperou a guéla, e deixou sahir uma *metaphora*; mas... desgraçou-se. Aquelle *lenocinio das formas novas*, como expressão figurada, é uma coisa impagavel, maxime sahindo da penna ou da bocca do Dr. Soriano. Com effeito: *lenocinio* é alcovitice; que quer dizer, pois, em relação ao direito, *alcovitice de formas novas*? Uma tolice apenas.

No segundo *ponto*, passa o honrado doutor a occupar-se das fontes do direito romano e dos diversos periodos em que se divide a sua historia.

Elle diz que, segundo as Instituições justinianeas, as fontes são em numero de sete: o costume, as leis, os plebiscitos, os senatus consultos, os edictos dos magistrados, as respostas dos prudentes, e as constituições imperiaes. Mas ha falta de logica nesta classificação, além de que ella não está de accôrdo com as *Institutas*. Basta lêr a I, 3, tit. 2, liv. 1, onde se encontra classificação differente, para convencer-se que o illustre romanista não é muito familiarisado com a materia, sobre que escreve.

Em seguida diz elle:—« Destas fontes a mais antiga, e que sempre *existiu* em todos os periodos da *existencia* politica dos romanos, é o costume; as outras nunca co-existiram juntas (co-existiram *juntas!*), mas foram successivamente apparecendo »... O costume vigorando como lei em todos os periodos da existencia politica dos romanos!... E' uma asserção esta, que traz no fundo alguma cousa de contradictorio. Ao menos no primeiro periodo, é inconcebivel que já o costume vigorasse. Oh! sem duvida o Dr. Soriano sabe muitas coisas, que nós outros ignoramos. Provavelmente elle possue até o original do contracto de casamento da nympha Egeria com o rei Numa Pompilio! Tal é o tom de confiança, com que se exprime sobre assumptos, onde aliás é impossivel uma affirmação categorica.

Ouçamo-lo mais: « Para satisfazer o programma, dividiremos a historia externa do direito romano em quatro periodos: 1°, da fundação de Roma até á publicação da lei das 12 taboas (anno de Roma 303); 2°, da

lei das 12 taboas até á fundação do governo imperial sob Augusto (anno 723); 3°, do imperador Augusto até Constantino (anno de Roma 1074 e J. C. 321); 4°, de Constantino até á morte de Justiniano (anno de Roma 1318 e de J. C. 565).

Ainda mesmo não tendo por fim sómente *satisfazer o programma*, podia-se dividir a historia do direito romano em quatro periodos, porém outros que não os ahi indicados. E' bem sabido quanto esta divisão diverge de uns a outros autores; mas tambem é certo que estes tratam sobretudo de fazer corresponderem os *periodos* a certas differenças e alterações notaveis no desenvolvimento juridico. Por isso mesmo é que de todas as divisões a que mais me agrada é a de Guido Padelleti, que só admitte tres periodos. O primeiro vai das origens ao setimo seculo de Roma: é o periodo verdadeiramente original e fecundo da legislação romana; as instituições não são a obra reflectida e sabia dos legisladores, porém nasceram das lutas diarias e das condições particulares do *populus romanus Quiritium*, povo de agricultores livres, que fundou toda a sua economia nacional sobre a posse e cultura do solo. No secundo periodo, do setimo seculo de Roma ao terceiro seculo depois de Jesus Christo, isto é, da destruição de Carthago e Corintho até á organisação do imperio por Deocleciano, o direito romano, por suas conquistas, se estende ao principio na Italia e nas ilhas italianas, depois no occidente e no oriente; mas ao mesmo tempo as condições sociaes se alteram, e por consequencia tambem as instituições juridicas. O terceiro periodo, que vai de Deocleciano á quéda do imperio do occidente, é uma época de decadencia: tudo se transforma, se corrompe, se dissolve.

Como se vê, é uma divisão motivada. Não assim, porém, a que nos deu o Dr. Soriano. Não se comprehende, por exemplo, como elle, tomando o governo imperial de Augusto por uma das *estações* do desenvolvimento historico, pôde saltar dahi a Constantino, deixando de accentuar um facto importante e caracteristico: a primeira organisação judiciaria por Hadriano (anno 117—138), a qual foi substituida em parte pela de Marco

Aurelio (161—169). E crê o illustre medico que os seus *pontos* são proveitosos á mocidade !

Uma das maiores lacunas do trabalho em questão é a ausencia completa de appello para as fontes. O Dr. Soriano parece affirmar em seu proprio nome tudo que affirma sobre o direito romano. Assim diz elle que o costume tem a mesma força obrigatoria que a lei *(vicem legis obtinet)* ; interpreta a lei escripta, cujos termos são vagos e ambiguos *(consuetudo juxta legem)*; introduz regras sobre materia não regulada por lei *(consuetudo prœter legem)* e finalmente *abroga* a propria lei *(consuetudo contra legem).* Mas pergunta-se: onde achou tudo isto? Quaes as fontes que justificam estas theses? O estudante repete esta *papagaiada* ; o examinador exige-lhe que demonstre tudo isto ; que faz a pobre victima de *delattantismo*? Nada.

Sim, senhor ; o costume tinha força de lei ; mas isto deve ser provado. Para fazel-o nem precisava que o Dr. Soriano recorresse ás fontes de direito, bastava que soubesse alguma cousa de litteratura latina. Lembrar-se-hia então de Cicero, *de leg. II 10 : Erunt fere in more majorum, qui tum ut lex valebat.* Isto bastava.

Quanto aos jurisconsultos propriamente ditos, reconhecem a força formadora de direito, inherente aos *mores*, os seguintes : Juliano (D. 1, 3, 32), Ulpiano (D. 1, 3, 33), Hermogeniano (D. 1, 3, 35), Modestino (1, 3, 40), e ainda Paulo (1, 3, 36). A força interpretativa é reconhecida por Callistrato (1, 3, 38) e Paulo (1, 3, 37). A força derogativa finalmente reconhecem Juliano (D. 1, 3, 32 § 1) e Marciano (I. 1, 2, 11). Por que razão não disse o Dr. Soriano algumas palavras neste sentido? Oh! não é assim que se instrue a mocidade...

XII

Jurisprudencia da vida diaria

I

O titulo do presente artigo é o mesmo de uma pequena brochura do romanista allemão Rudolf von Ihering, autor, além de outras obras, do *Geist des roemischen Rechtes*, e do *Kampf ums Recht.* (1)

O nome deste jurista, actualmente professor universitario de Goettinge, já não é, creio eu, de todo desconhecido entre nós, já não gosa do privilegio commum aos hodiernos sabios allemães, o privilegio, quero dizer, de ser por nós voluntariamente, caprichosamente ignorado. As suas obras têm tido a felicidade de não ficarem na *partitura*, sendo logo reduzidas á *clave de sol*, para uso dos dilettantes, isto é, traduzidas em francez para uso dos doutores.

E só assim é que eu explico a mim mesmo ser-me agora possivel fallar de von Ihering como de um astro do *nosso systema*, sem correr o risco de passar, ainda uma vez, por excentrico, extravagante e, no pensar dos psychiatras da terra, um pouco adoentado de *germanomania*.

O discurso que fizera o illustre sabio em março de 1872, antes da sua partida de Vienna para Goettinge, na *Sociedade Juristica Viennense*, e sob o titulo, que vale

---

(1) *Die Jurisprudenz des taeglichen Lebens...* von Dr. Rudolf von Ihering. Drite Auflage... 1877.

Este pequeno trabalho foi publicado primeiramente na *Provincia* (Recife) em 1878, e, com algumas modificações, no *Reporter* (Rio) em 1879.

por si só uma descoberta, *A lucta pelo direito*, *De Kampf ums Recht*, foi logo depois da sua publicação vertido em francez; e, nesse trajo, pôde tambem chegar até a nós.

Ao meu illustre comprovinciano e amigo Sylvio Roméro cabe a honra de ter sido o primeiro que ousou convidar o dr. von Ihering para ir á Faculdade de Direito do Recife, lembrando-se de cital-o na sua bella dissertação apresentada por occasião das *theses* que pretendeu sustentar, porém que tiveram, como é sabido, para gloria sua e eterna vergonha dos *mestres*, aquelle triste resultado *metaphysico-criminal*. (2) Isto em março de 1875.

Dóe-me dizel-o, e Deus me perdôe se pecco em dizel-o, mas é verdade: n'aquella occasião a autoridade e o nome do jurista germanico achavam tanto echo em os salões da Faculdade, tinham tanto peso e influencia sobre amaioria dos espiritos docentes, quanto poderam ter o nome e a autoridade, *verbi gratia*, do defunto major José Severino, velho rabula de S. Antão. Talvez que ainda menos; pois este sempre era *um dos nossos*, e o allemão, quem sabia mesmo se elle existia?

No conjuncto de circumstancias que concorreram para o não doutoramento do illustre moço sergipano não foi, por ventura, uma das menos aggravantes a citação de um autor desconhecido, inteiramente fóra do circulo visual da sciencia *ex-cathedra*. Quem póde assegurar o contrario?

Entretanto, quer me parecer que, de então para cá, os espiritos modificaram-se um poucochinho: Rudolf von Ihering, segundo alguns indicios, está acclimado.

Não tanto pelo seu profundo trabalho — *O espirito do direito romano*, obra conscienciosa na qual rompeu com as tradições recebidas a respeito do rigor e dureza desse direito, e insurgiu-se contra o que elle chama *das ganze Geklingel germanischer Sittlichkeits Melodien*, isto é, a velha illusão, provinda de Tacito, de uma exemplar

---

(2) Refiro-me ao celebre processo, que se instaurou contra o moço talentoso, por haver dito que a *metaphysica estava morta*, — e que se os doutores da congregação estranhavam esta verdade era só por *muita ignorancia*.

perfeição de costumes entre os antigos germanos, não tanto por essa obra, digo eu, como pelo pequeno escripto— *A lucta pelo direito*, escripto de occasião, sem duvida, porém não menos profundo e bem pensado, onde a genial concepção darwinica do *Struggle for life* é transportada do dominio da natureza para o dominio da sociedade, e o direito se resigna a ser um capitulo da *historia natural*, o sabio jurista já occupa aqui, no meio dos doutores, um logar de honra.

Valha-nos isso, pelo menos, emquanto maiores triumphos não póde contar entre os seus adversarios a causa da cultura germanica no Brasil.

Ensina a mythologia que Phaetonte, o filho de Apollo, recebeu um dia de seu pae a permissão de dirigir o carro do sol, porém fel-o com tal desazo, que o sol abrazou tudo, incendiando as cidades, seus templos e seus palacios.

Alguns povos da antiguidade, segundo a tradição, se deixaram, por isso, possuir de tanto terror, que impetraram dos deuses a graça de viverem eternamente nas trevas...

Ora pois, nós somos testemunhas de um novo panico de conflagração *á la* Phaetonte ; e quem tem bom ouvido percebe claramente esse grito que sae da bocca de muitos dos nossos homens de sciencia:... *trevas, mais trevas* !....

E não é assim justamente que podemos bem afigurar-nos a insistencia opiniatica de certos espiritos em cerrar os olhos á luz da moderna sciencia allemã ?

Não é assim que bem se traduz a especie de *aposta*, que pegaram comsigo mesmos, para não se deixar esclarecer dos raios de qualquer idéa nova, e todavia serem, na sua propria opinião, uns sabios e grandes homens ?

Como melhor pintar-se o desejo, que os não abandona, de quebrar as pernas da mocidade, para substituil-as por umas *bentas mulêtas*, que vêm de Roma, passando por Pariz ?...

Quem ainda os não ouvio, que os leia ; quem ainda não os leu que os ouça : é o dominio da ignorancia, e esta de nova especie, a *ignorancia voluntaria*, elevada

talvez á altura de uma virtude, como se dá com a voluntaria pobreza, que dizem ser aliás um dos conselhos de Christo.

Bem quizera dar mais alguns passos por este caminho além; porém tenho medo. Não sei que demonio está-me agora a metter-me na cabeça a singular lembrança de fazer-me tambem *doutor*, e, em taes condições, já se vê, é preciso mudar de *bôccal*...

A pretenção de tão alto grau quasi sempre sujeita o pretendente a uma especie de *retraite* intellectual, onde se esforça por despir-se do seu proprio pensamento e acommodar-se á tunica das idéas officiaes.

Dest'arte chega ao ponto de poder responder a quem quer que o interpelle o que uma vez respondeu o abbade Sieyes, para bem accentuar a influencia do despotismo, a alguem que lhe perguntara como pensava sobre uma certa questão: *eu não sei mais pensar* !...

Quasi que já me sinto em igual disposição de espirito e posso dizer que não sei mais achar o *ruim* ruim, chamar um *gato* um gato, e as theses da Faculdade um *jogo de dominó*, cuja sciencia consiste sempre no *mesmo* processo de desmanchar e acertar as *mesmas* pedrinhas.

Ainda não sou pretendente, é verdade, mas creio que estou para sel-o; e tanto basta.

Tanto basta, sim, para não mais me atrever a rir, nem sequer em segredo, daquellas famosas prelecções, em que se repetem, todos os annos, até as *pilherias*.

Não exagéro. Tanto isto é certo, que já se deu uma vez o seguinte facto : Um estudante que havia perdido um anno do curso academico, e teve de o repetir, ouviu um dia com gelida indifferença, a aula resoar de hilaridade por força de uma picante *plaisanterie* do mestre. *Você não ri-se* ? !... perguntou-lhe, por cima do hombro, o collega da direita. *Não de certo*, respondeu-lhe o gelido ; *já me ri o anno passado*...

Mas onde vou eu ? Com razão disse Emerson, o philosopho americano, o grande conceptor dos *representative men*, que todo escriptor é um *patinador :* vai em parte para onde quer ir, e em parte para onde o levam os seus *trenós*. Eu, porém, que a fallar a verdade, não

comprehendo bem o que seja *patinar*, afiguro-me melhor o pensamento sob a imagem de um *canoeiro* dos nossos rios: arriba, em parte, onde pretende arribar, e em parte, onde lhe permitte a força da corrente.

Assim aqui me succedeu. Por minhas barbas, que ao começar este artigo, não tinha a minima idéa de muita cousa que ahi fica escripta.

E é bem possivel que já esteja causando no leitor a impressão que em mim mesmo costumavam causar, na minha terra, certos maniacos *bahianistas*, que uma vez na roda pareciam não querer mais ir ao fim com os seus longos rodopios, e faziam, não raro, escapar-me este grito de impaciencia: *tire logo*!...

Igual advertencia póde o leitor dirigir-me, dizendo: vamos logo ao von Ihering, e eu acceito-a.

II

A obra, cujo titulo se lê em frente deste escripto, é um producto *sui generis*, meio exquisito, meio chistoso, alguma cousa que se pudéra chamar em exercicio de *gymnastica juridica*, se a phrase não corresse risco de deixar, como tantas outras da especie, um resabio de disparate romantico.

O autor justifica e ao mesmo tempo caracterisa a sua tentativa, com as seguintes palavras:

« Na vida diaria apparecem relações e casos de direito, que por sua insignificancia difficilmente dão lugar a um processo em regra, porém que nem por isso deixam de ser de summa utilidade para a instrucção juridica, e sobre as quaes seria apreciavel lançar as vistas, por isso que fornecem ao principiante um methodo para elle considerar tambem os factos da vida habitual com olhos de jurista. »

Neste proposito elle nos apresenta, sob diversas relações, um longo questionario de pontos de direito, que senão em sua totalidade, ao menos em sua maioria, derramam a perplexidade em muito espirito *competente*.

E o que ha de mais singular, é que o autor deixa

esses *casos*, por elle propostos, completamente indecisos ; o que duplica o interesse do livro, pelas torturas em que põe o leitor attencioso.

Comprehende-se que não quero, nem posso dar aqui um copia fiel da obra ; limitar-me-hei pois a traços geraes, citando algumas das questões nella contidas.

Para isso, não hei mister de perturbar a ordem seguida pelo autor ; acompanhal-o-hei no seu methodo. Eis aqui :

Sobre a via ferrea

« Para ir a uma estação, chamamos o *omnibus* (respectivé o *bond*) que passa por nossa porta, e entramos nelle sem gastar uma palavra. Este acto tem uma significação de direito ? Qual é ella ? Que posição juridica toma, neste caso, o conductor ? A empreza é responsavel pelos actos delle, por exemplo, se nos subtrahe uma bolça de viagem por nós esquecida ?

« Nós vamos a pé para a estação, e na incerteza de que o trem já tenha partido, perguntamos a alguem que passa, e este nol-o affirma ; o que nos faz voltar. Ora, admittindo que o trem não tivesse sahido e ainda houvesse tempo de o alcançarmos, podemos nós exigir daquelle *alguem* uma indemnisação da perda que por ventura tivemos, quando menos, a quantia de bilhetes comprados pelo criado, que nos esperava na estação ?

« Que ha a allegar, se o causador desta perda disse, por distracção, que o trem havia partido ?

« O que, se elle o disse de má fé ?

« Segundo os principios do direito romano, póde estabelecer-se a responsabilidade de uma gerencia de estrada de ferro pelos ferimentos dos passageiros em consequencia de algum acontecimento culposo da parte dos empregados ? Dá-se o mesmo tambem a respeito de de uma demora culposa da partida do trem ? A relação juridica da companhia da via ferrea é uma e a mesma a respeito de todas as categorias de passageiros ?

Na vida domestica

« O dinheiro de algibeira, que o pai dá aos filhos, é *peculium profectitium* ? Póde o filho, sem permissão paterna, vender os livros que se tornaram inuteis por sua passagem de uma classe de estudos para outra ? O antiquario, que os compra sem se assegurar do consentimento do pai, procede *in bona fide* ?...

« Dá-se um *mandato*, quando o homem fornece á sua mulher o dinheiro preciso para as despezas da casa ? O restante pertence á mulher ? Ou póde o marido reclamal-o ? Segundo que principios ?

Na vida social

« O carro, por nós contractado para vir ás 8 horas da noite, afim de nos levar a um baile, apparece uma hora mais tarde, depois que já temos sahido de casa ; devemos nós pagal-o ?

« Póde o cocheiro recorrer á consideração de que, para ser julgado em *móra*, dever-se-hia primeiro advertir ?

« A longa demora de um carro póde ter como consequencia que as senhoras vejam desvanecida a satisfação que esperavam do baile. Ellas estavam já engajadas para as primeiras danças, e apparecem no salão, quando estas já são passadas, e os cavalheiros conhecidos se acham compromettidos. Que indemnisação podem ellas pretender ?...

« Um cavalheiro desazado rasga o vestido de uma dama ; porque principio poderá ella reclamar que seja indemnisada ? Poderia elle objectar que quem frequenta os bailes, deve estar predisposto para estes successos, e allegar porventura em seu favor o principio da lei 72 *pro socio* (17.2) ; *qui parum diligentem socium acquirit, de se queri debet* ?

No theatro

«A uma cantora atiram-se no palco ramalhetes de flôres, ha nisto um *jactus missilium*? Um destes bouquets vai cahir detraz dos bastidores, uma chronista apanha-o e não o entrega; nelle havia um *broche* de alto preço que ella não descobriu : póde-se dizer que furtou?

«Na propriedade de quem está o *broche* : na do *atirante*, ou na da cantora, para quem era destinado?...

«O emprezario de um theatro annuncia uma recita com a *Lucca*, e isto por preços elevados; todo mundo compra bilhetes, mais tarde sabe-se que a cantora annunciada não é a celebre, porém uma desconhecida e insignificante, que tem o mesmo nome: deve a empreza receber os bilhetes e restituir o dinheiro?...

«Um escriptor dramatico entrega a um emprezario a sua obra para se representar, mediante um prefixo *tantiéme* do producto. Como se póde juridicamente caracterisar esse contracto? Simplesmente como um contracto sem nome: *facio ut des*? Ou não tem aqui lugar outro contracto, individualmente denominado, do direito romano?...

«Póde uma cantora, que é injustamente apupada, e só por intrigas, propôr contra os chefes conhecidos da pateada a *actio injuriarum* ou a *actio doli*?...

Entre os musicos

«Um musico presente á uma reunião familiar, é convidado pelo dono da casa para cantar ou tocar alguma cousa; póde elle mais tarde exigir por isso um honorario? Para garantir-se contra semelhante reclamação, tem o dono da casa necessidade, na occasião do pedido, de acrescentar que só pretende um favor gratuito?

«Nós temos, ha muito tempo, o costume de executar em nossa casa com um musico de nossa amizade um

quarteto instrumental ; mais tarde quebramos as relações, e elle pede o pagamento da sua cooperação: somos a isto obrigados ?»

Seria inutil multiplicar as citações. Segundo a propria numeração estabelecida pelo autor, a obra encerra 543 d'estes e semelhantes casos, que pouco falta para serem outras tantas questões dignas de estudo.

III

Comprehende-se facilmente a natureza da obra mencionada. O que ahi fica exposto é mais que muito capaz de dar a medida do seu alcance e do seu valor.

Não faltará, entretanto, quem considere tudo isso uma frivolidade, e ria-se até do simplorio que se arroja a apresentar ao publico um maço de bagatellas, como cousa preciosa. Seja assim, concedo. Porém apresso-me em declarar que o escripto de von Ihering já conta tres edições, sendo a ultima em 1877, e duas traducções, uma italiana, de Vito Perugio, em Bolonha, e outra hungara, do professor Biermann, em Pesth. Estou portanto em mui bôa companhia, quanto ao apreço dado á brochurinha do celebre allemão.

Accresce ainda uma circumstancia ponderavel: é que o autor não ideiou e executou o seu trabalho, se não, como elle mesmo diz, *zum ackademischen Gebrauch* : para uso academico. Se pois aos olhos de algum mestre esta ou aquella das suas *questiunculas* póde tomar proporções de enigma do esphinge, a culpa não é delle.

Nem eu tambem tive outro intuito que não o de excitar a curiosa attenção dos moços, d'aquelles que aspiram alguma cousa de superior ao pão quotidiano da nossa pobre vida intellectual.

Quem me déra sómente que esta ligeira apreciação de um dos productos da rica litteratura juristica da Allemanha pudesse despertar um pouco mais o gosto e enthusiasmo pelo alto espirito scientifico desse paiz exemplar, dessa nação ao mesmo tempo heroica e pensadora, que realisa á nossa vista, como uma vez eu o disse,

o velho mytho de Pallas Athené, a deusa das armas e das letras, a *sciencia de capacete*.

Bem se vê : continúo na minha obstinação, inabalavel, incorrigivel, no empenho pertinace de crear adeptos ou suscitar inimigos, por amor do *germanismo*.

E' um trabalho para o qual nunca me sinto indisposto e que seria por si só capaz de constituir a unica missão da minha vida, se não tivesse, além desta, uma outra occupação imprescindivel, incessante : é a de rir-me de mim mesmo e um pouco tambem, com Thackeray, dos *snobs* litterarios do meu paiz...

Esse trabalho a que me tenho cordialmente dedicado, já não é de data muito recente ; mas ainda não deixou de parecer aos olhos da maioria sensata uma aberração sem exemplo.

Todavia, quero crêr que me não engano: logo que elle tome, por qualquer concurso de circumstancias, as proporções de um esforço nobilitante, e isto não está longe, então não serei eu, não será mesmo aquelle nobre espirito, que, tão modesto quão benevolente, se declara meu discipulo, o moço autor da *Philosophia no Brasil*, quem ha de colher as vantagens da idéa por nós semeada, será o primeiro *cavalheiro de industria;* pois os ha realmente no mundo litterario, que fizer, em tal sentido, uma conferencia na *Gloria*, ou um discurso no parlamento, e prégar, como cousa nova, a superioridade scientifica da Allemanha e a necessidade de recorrer-se a ella, para purificar a nossa atmosphera da exhalação colophonica dos coriscos francezes. O mundo é assim ; e não póde tornar-se de outra fórma. (3)

Entretanto, emquanto não se dá um tal acontecimento, vou insistindo no meu velho thema e reclamando o cruzamento das nossas com as idéas germanicas, como um dos agentes mais poderosos para nos fazer entrar em um novo processo de *differenciação cerebral*. Foi o fim a que me propuz, como em todos os mais, tambem no presente escripto.

---

(3) O vaticinio está se cumprindo.

Este artigo foi escripto em 1878, e já hoje, nove annos depois, ha por ahi muita gente que falla de sciencia allemã, como cousa de que ainda ninguem houvesse fallado.

XIII

Responsabilidade dos ministros no governo parlamentar

Falla-se agora por toda a parte na *questão parlamentar do dia*. Vou tambem tomar parte n'ella.

Vê-se logo que me refiro á materia ultimamente discutida na camara temporaria, em virtude da indicação do Sr. Epaminondas de Mello e outros deputados, attinente ao art. 38 da Constituição. E' um assumpto este, que não deixa de ter o seu lado sério, a despeito do burlesco perpetuo das nossas luctas parlamentares. E alguma cousa que seria capaz de formar entre nós, por assim dizer um momento dramatico do constitucionalismo em acção, se já não fosse tamanha, nessa esphera, a preponderancia do *comico*, se o publico já não estivesse tão affeito aos espectaculos deste genero, que ainda quando os dignos actores chegassem um dia a se bater realmente e realmente o sangue jorrasse no palco, não obstante, continuariamos a rir, na firme persuasão de que tudo não passava de *machinismo* e *ficção*.

Porém é certo: a despeito do burlesco perpetuo das nossas luctas, o assumpto de que me occupo, tem o seu lado sério. E não sómente, sob o ponto de vista pratico, pelas consequencias por ventura deductiveis do assento e consagração de uma *norma parlamentar*, segundo a phrase usual, mas tambem, e ainda mais seguramente, sob o ponto de vista theorico, por abrir caminho a uma discussão, que julgo sufficiente para dar, por si só, a justa medida do estado actual de muito espirito, aliás distincto, em um dos ramos mais cultivados da chamada sciencia politica.

O Sr. Epaminondas, expondo os motivos da indicação alludida, declarou ter ficado sorprendido, ao vêr

como o presidente do conselho e o Sr. Silveira Martins, que o interpellára sobre a grave questão do Banco Nacional, não acharam outro meio de resolver o problema do ministro pronunciado em crime commum, se não aguardar emfim, cada um a seu modo o procedimento do senado. Quero crêr que fôsse bem fundada a sorpresa do illustre deputado por Pernambuco; mas devo tambem declarar que não foi menor o meu espanto, quando li a peça ôca e banal, em que se quiz justificar uma prerogativa da camara, quando vi os erros de facto, o palavriado academico, a sovinaria de idéas do parecer da commissão.

Tinha direito de esperar que os dignos deputados, a quem tocou a tarefa de esclarecer a cousa, se mostrassem melhor doutrinados, ou menos superficiaes, do que o foram no parecer mencionado. E é tanto mais estranhavel que assim se mostrassem, quanto é certo foi a commissão mesma quem abriu, em grande parte, com a escassez e pobreza das suas razões, um largo espaço ás razões em contrario. Nos espiritos onde ha o predominio das funcções logicas, não é raro dar-se este phenomeno: diante de máos argumentos, apresentadas em pról da propria causa que nós esposamos, sentimo-nos tentados a tomar o partido opposto e contradizer o allegado. O parecer, de que trato, é uma provocação de tal natureza.

Dest'arte, é bem possivel que um ou outro seu impugnador na camara tenha sido mais provocado pelo modo, que acabo de indicar, do que impellido pela força de uma convicção segura. Quanto a mim, confesso que, sem tomar o lado opposto, pois que julgo razoavel a these precipua do parecer, fui levado a pegar da penna, justamente em um momento de frenesi, causado pela leitura desse trabalho imperfeito.

Mas fique bem entendido: eu não pertenço á escola dos que admittem uma chamada *ultima palavra* sobre as questões, nem tenho a pretenção de vir aqui esclarecer cousa alguma. O problema que me proponho no ponto debatido, é unicamente o de *illustrar a mim mesmo*. Se nesse mister sou obrigado a exercer a critica, não o faço como meio de ensinar, mas como meio de aprender; eis tudo.

I

O leitor já conhece os dados da questão. A accusação que incumbe exclusivamente á camara dos deputados decretar, a respeito dos ministros e conselheiros de Estado, comprehende sómente os crimes de responsabilidade propriamente ditos, ou tambem os crimes communs? Em outros termos, e com particular attenção ao caso determinado, os ministros, que têm o privilegio de ser julgados pelo senado, em ambas as classes de crimes, devem ter igualmente o de ser accusados, quer em uma, quer em outra, pela camara dos deputadas? Eis ahi.

Sem considerar de uma *clareza solar* o que se acha disposto no art. 38 da Constituição, como fez a commissão cujo parecer tenho em vista, eu julgo todavia, que esse artigo comporta no seu fundo a interpretação ampliativa que lhe foi dada. E não pelas considerações moraes da necessidade de garantia para os membros de um poder independente, da necessidade de pôr os orgãos mais salientes da actividade politica fóra dos assaltos da vingança e do rancor partidario; porquanto, podendo tudo isto ser cabivel no que toca aos ministros, perde entretanto a força probante, no que respeita aos conselheiros de Estado. De mais, essa ordem de considerações basêa-se no pressupposto de uma judicatura inclinada a lançar obices ao governo, de uma judicatura perigosa nos seus planos de opposição, o que é hypothese muito gratuita, para não dizer muito ridicula.

Bem diverso deve ter sido o pensamento, que inspirou a disposição do art. 38, no sentido de abranger todas as especies de crimes. Se elle encerra, como de facto, uma garantia constitucional, não é de certo uma garantia do ministro *vis à vis* dos tribunaes, que pódem querer *fazer politica*, mas uma garantia dos cidadão *vis à vis* desses mesmos tribunaes, que podem ser subservientes e ao aceno do governo menospresar e calcar os direitos dos individuos. Este é o ponto capital, e o fio vermelho do tecido, que não se deveria jámais perder de vista.

Os defensores da idéa de uma interpretação mais ampla do artigo commetteram, quasi todos, o grave erro de tomar a excepção pela regra e firmar aquella amplitude na necessidade de premunir os ministros contra os caprichos do poder judicial; e esse erro não deixou de ter influencia como elemento perturbador da solução desejada. Mas não é isso; não foi para prevenir que, sob o pretexto de inteireza, os magistrados se levantassem contra os orgãos do governo, que lhes fosse adversario em politica, porém, antes para obstar que os magistrados se curvassem e fizessem pender a velha balança da justiça em pról dos ministros e conselheiros de Estado, quando estes cahissem em conflicto com o codigo criminal, sim, para isso sómente, foi que o legislador constituinte determinou o que se lê no art. 38.

Entretanto, nada impede que esta arma, uma vez forjada e preparada contra a condescendencia criminosa, a laxidão e a desidia, possa um dia tambem ser efficaz contra as iras e iniquidades do *partidismo*. E' o que se dá no caso vigente.

A questão quer ser encarada mais de frente; nós vamos encara-la. A responsabilidade dos ministros, segundo a theoria corrente, se torna effectiva por dous modos praticos de processo, correspondentes a dous modos de comprehender a natureza juridica dessa responsabilidade.

Com effeito, ha um grupo de escriptores, para quem a responsabilidade ministerial é, em todo caso, de natureza juridico-penal. Todos os momentos subjectivos e objectivos da criminalidade commum devem apparecer nos actos, pelos quaes os ministros se dizem responsaveis. Ha, porém, outro grupo, ainda que em menor numero que só admitte uma responsabilidade de natureza juridico-disciplinar, não entrando neste conceito a denominada *responsabilidade politica*, meia tactica de partido, que faz o ministerio harmonisar suas vistas com as vistas de uma maioria parlamentar, sem o que, perdida a *confiança*, como se diz, vê-se elle forçado a retirar-se. No primeiro grupo sobresahem espiritos como Robert von Mohl, Zacharioe, Held, John, o hollandez Lagemans,

Oswald de Kerkhove e muitos outros; no segundo acham-se nomes como Bluntschli, Zöphfl, Adolf, Samueley e alguns mais.

A distincção não é capciosa nem superflua. Della derivam consequencias de muito alcance. E' assim que, segundo forem traduzidos na pratica os principios de uma ou de outra theoria, vêr-se-ha a representação nacional, encarregada de accusar e julgar os ministros, absorver, mais ou menos, as funcções judiciaes. Não fica ahi. Estabelecida a disciplina, e competindo ás camaras, ou a uma dellas, fazer sómente effectiva a responsabilidade de caracter disciplinar, não ha logar para um conflicto de poderes.

O poder disciplinar e o poder penal não collidem entre si. « A applicação dos mais altos meios disciplinares, diz Heffter, que são a *degradação* e a *desqualificação* para o serviço publico, só dá-se, em geral, quando se torna evidente que no servidor do Estado não existem as presupposições, sob as quaes lhe foi confiada a funcção que elle exerce...» (1).

Nestas condições, e ao passo que o poder disciplinar se limitasse ao modesto, mas não menos importante papel de *corrigir* e *purificar* os orgãos da administração publica, não ficaria a justiça inhíbida de exercer tambem a sua funcção de exigir o desaggravo de qualquer violação das leis penaes.

Mas agora pergunto eu: existe entre nós, praticamente verificada, semelhante distincção? Não, de certo. Quer a camara dos deputados, decretando a accusação dos ministros, *como taes*, quer o senado, julgando-os, não gyram na esphera unica da disciplina. Pelo contrario. Ahi não ha restricção aos simples meios correctivos e purificadores; ahi se póde fazer applicação até da pena mais grave do nosso systema de penalidade, a pena de morte, (L. de 15 de outubro de 1827, art. 1° § 3°).

Ora, se a camara temporaria tem a *iniciativa*, o direito exclusivo de levar os ministros perante o senado

---

(1) *Archiv des Criminalrechts... XIII, S. 82.*

para responderem por factos, de que lhes póde resultar a imposição de penas propriamente ditas, até de pena capital; se dest'arte a camara temporaria, como orgão de accusação, exerce funcções de justiça penal, e isto sómente por effeito do caracter do accusado, pois que, de outro modo, ella teria tambem o direito de decretar a accusação de quaesquer outros funccionarios publicos; se tudo isto é exacto, não será ridiculo pretender que o ministro, *como homem*, é uma cousa, e o homem, *como ministro*, é outra, para dahi concluir-se que á camara só compete decretar a accusação dos crimes desta, e não assim a dos daquella *pessoa*? Não cahimos dest'arte no pleno dominio das *hypóstases* theologicas, superposta ou sotopostas umas ás outras; mas distinctas e independentes, de maneira que á *hypóstase homem*, se é pronunciada, por exemplo, em crime de fallencia culposa, não aproveitam os privilegios da *hypóstase ministro*?...

Extravagante doutrina! Considera-se justo e rasoavel que haja uma organisação judicial extraordinaria para accusar e julgar os ministros pelos crimes de funcção, por violações da lei ou menospreso dos preceitos constitucionaes; mas não se quer admittir que os ministros fiquem igualmente sob a unica alçada dessa mesma organisação extraordinaria, quando se trata dos crimes communs!... Não ha para isso razão plauzivel. Admittido, como incontestavel que é, o principio da sujeição dos ministros a um mesmo tribunal julgador, em toda sorte de crimes por elles commettidos, quando mesmo em favor da doutrina, que reclama para a camara dos deputados igual direito de decretar a accusação nos primeiros delictos individuaes, não fallassem outros motivos, bastaria dizer, como Curtis a respeito do *impeachment* nos Estados-Unidos, que tal direito deve existir... *for Sake of uniformity*. (1).

A lei organica de 1827, ampliando os principios estabelecidos pelo art. 133 da constituição, não isolou, como já disse, o elemento disciplinar do elemento penal.

(1) *History of the origin... of the Constitution of the U. States...* II, pag. 202.

D'ahi resulta que, dada porventura a concurrencia de um delicto individual ou commum com qualquer dos casos de responsabilidade, não se póde conceber a accusação e julgamento desse *concursus delictorum*, se não por meio dos mesmos orgãos.

Ora, sendo assim, e é impossivel negal-o, admittida a hypothese de um crime individual do ministro, crime individual que, em todo e qualquer caso, póde comprometter a reputação e a posição politica desse alto funccionario, a camara dos deputados, a quem incumbe exclusivamente decretar a accusação dos ministros e que para isso deve tomar conhecimento dos factos, não vagamente, mas apoiada no principio da *individualisação* do crime dado, segundo a totalidade das circumstancias provadas, parte objectivas, parte subjectivas, essenciaes ou accessorias, (2), não póde ser indifferente ao *status causæ et contraversiæ*, em que é lançada, por força da imputação criminosa, a pessoa do ministro.

Quando mesmo o papel da camara fôsse restricto ao emprego de mera disciplina, ella teria competencia para conhecer do facto arguido e poder applicar as suas medidas. Mas seu papel é mais comprehensivo; ella tem o direito de decretar e promover a accusação de verdadeiros crimes, como *traição*, *peita*, *suborno* e outros, e de pedir, como tal, a imposição de verdadeiras penas. Não se concebe, pois, por que estranho reviramento de principios deixaria ella de ter a faculdade igual de decretar a accusação dos ministros indiciados em crimes communs, desde que neste mister não sahe da sua esphera, continúa a exercer as funcções de um orgão, não simplesmente de justiça correccional, mas de justiça penal.

« E' incontestavel, diz Adolf Samueley, que um servidor do Estado que se tornasse culpado de uma acção criminosa, de um delicto commum, violaria gravemente, *ipso facto*, os deveres inherentes ao serviço publico. Um ministro, que se malsinasse de uma acção criminalmente punivel, não poderia permanecer na direcção do Estado,

---

(2) Schütze—*Strafrechet*—pag. 166.

não poderia continuar, entregue a elle, a guarda dos mais altos interesses da nação.

A representação nacional, por tanto, deve tambem, nestes casos, ter o direito de promover a retirada dos ministros por meio de *accusação* perante o tribunal competente. Em contrario do que acontece com os outros funccionarios, a respeito dos quaes os processos *disciplinar* e *criminal* correm parallelos, no que respeita aos ministros deve em regra *proceder* a accusação da representação nacional »... (3) E' bom notar que este auctor falla sob o ponto de vista de pertencer a qualquer das camaras, ou a ambas ellas em commum, ou a unica existente, onde vigora o systema de uma só camara, o direito da accusação ministerial.

II

Como acima declarei, o parecer da commissão, apresentado na camara dos deputados, no 1° do corrente, (4) e assignado pelos srs. Theodureto Souto, Moreira de Barros e Esperidião Eloy, concorreu mais para embrulhar e escurecer do que para elucidar a questão. Nessa peça encontram-se assertos, affimações tão erroneas, que mal se comprehende como o grande numero de deputados presentes deixou passarem impunemente esses crimes de lesasciencia.

Deste modo, é-me inconcebivel que o parecer avançasse, sem contestação, proposições como esta: « Sobre o ponto especial da competencia para a accusação dos ministros nos governos constitucionaes, *todas as constituições* são harmonicas; é da camara dos deputados essa competencia...» — Ora, isto é falso, inteiramente falso. (5)

---

(3) *Das princip der Ministerverantwortlichkeit.*

(4) 1° de maio de 1879. (N. de S. R.)

(5) A camara dos deputados actual não é muito difficil de acommodar em materia de *pilulas*. Ainda ha pouco o sr. Joaquim Nabuco, quando fallava o sr. Antonio de Siqueira a respeito do imposto sobre a renda, julgou-se habilitado a atirar o seguinte aparte: *nem na Inglaterra ha declaração de renda*; e a camara ouviu calada... Entretanto, isto é tão exacto, como se s. ex. dissesse: *nem a Gram-Bretanha é uma ilha*. Para chamal-o á ordem, bastaria perguntar-lhe: que papel exercem, no systema regulamentar do *income tax*, os chamados *Assessors*?...

Por quanto, em relação a tal assumpto, as constituições dos povos cultos se dividem em tres categorias: uma das que conferem esse direito á segunda camara, ou seja a primeira o tribunal julgador, como se dá na Inglaterra, America, França, (cartas de 1814 e 1830), Hungria, Portugal, Hespanha, (1845), e entre nós; ou seja outro o tribunal que julga, como se dá na Belgica, na Hollanda, na Suecia, na Grecia, (1864); outra categoria das que exigem o concurso harmonico das duas camaras: Saxonia, Const. de 1831, § 141; Baviera; Const. de 1818; tit. X, § 6°; e finalmente a categoria das que outorgam igual direito a qualquer das casas do parlamento: Wurtemberg, Const. de 1819, § 198; Prussia, Const. de 1850, § 61; e Austria, *Ministerverantwortlichkeitgesetz* de 1867, § 7.

Não menos, se não ainda mais censuravel é o seguinte: «Na Inglaterra, onde o parlamento é a côrte suprema do Estado (?) e existe a instituição formidavel de *Bill of Attainder*, a *accusação politica* ou *Impeachment* pertence exclusivamente á camara dos communs...»

Este modo inexacto de considerar o *Impeachment* na Inglaterra, como *accusação politica*, devia naturalmente cerrar á commissão a porta mais larga, por onde ella poderia entrar e sahir: a porta da historia, o methodo historico. O *Impeachment* é uma das fórmas de tornar effectiva a responsabilidade criminal, não só dos ministros, mas tambem de quaesquer outros altos personagens do Estado, que devam ser punidos. Erskine May *A pratical treatise*, pag. 449, assim se exprime: «*Impeachment are reserved for extraordinary crimes and extraordinary offenders*; *but by the law of parliament all persons*, *whether peers or commoners, may be impeached for any crime whatever...*» Blackstone falla igualmente de... *greate offenders*, e Cox de *powerful criminals*.

Mas ouçamos outro autor, em termos mais positivo: «O *Impeachment* da camara dos communs desenvolveu-se, na mais intima união, com o desenvolvimento do direito de accusação, proprio das communas, perante as justiças ordinarias, e prendendo-se, por um lado, á jurisdicção já existente do *King in Council*, e, por outro lado, á jurisdicção da camara dos lords. Como meio de

accusação em geral, não limitou-se jàmais aos conselheiros da corôa, porém originariamente sempre apoiou-se sobre um crime contra a *common law*. Mais tarde, porém, surgiram queixas contra funccionarios, que não se fundavam em um crime de direito commum, e chegou-se a firmar o principio de que, ao menos em relação aos servidores do Estado, qualquer descumprimento de dever, qualquer offensa aos interesses da nação, póde ser objecto de *Impeachment*.» (6)

Daqui se deprehende, pois o autor falla com a historia na mão, que o direito da segunda camara accusar os ministros por crimes individuaes tem raizes mais profundas no desenvolvimento historico da instituição, do que o mesmo direito de accusal-os por factos de responsabilidade inherente ao cargo. Cousa singular: a circumstancia de ser presidente do conselho um senador do imperio, ao envez do que se crê, mais reforça a competencia da camara temporaria para decretar, se tem ou não logar a accusação, nos mesmos crimes communs, pois que a presumpção dominante é que o ministro delinquente ou indiciado em delicto individual encontraria sempre no espirito de classe do senado, de quem elle faz parte, toda a facilidade para, pelo menos, escapar á justa pena, não tendo contra si um orgão de accusação poderoso e independente, como se deve suppor a camara de eleição puramente popular.

A respeito da origem e marcha que teve o *impeachment*, diz Rudoff Gneist, que passa hoje pelo melhor conhecedor do direito publico inglez: « O direito administrativo normando tinha feito da perseguição dos crimes, como parte da *manutenção da paz*, um *dever* das communas, e deste modo formado tambem um *direito de accusação* communal. Como a *communitas* do condado levanta os seus *presentments* officiaes com o caracter de queixas publicas; como desde Eduardo III o *Grand inquest* torna-se mesmo o orgão regular das accusações, dalli resultou não se poder contestar ás *communitates* reunidas no parlamento um

6) Adolf Samueley—*Das princip der* M. V...

direito de accusar. Na qualidade de *communitas regni*, começam ellas a fazer uso de tal direito em 1376, á maneira de um *presentment* por meio do jury do condado. No tempo de Ricardo II, estas queixas accusatorias tornam-se numerosas. A força de tal accusador e a alta posição de tal accusado fizeram destes casos objecto de uma suprema jurisdicção reservada ; elles vão ao rei no grande conselho ; e assim começa o systema dos *impeachments* da camara baixa diante da camara alta....» (7)

Nada mais claro, nem mais adequado ao nosso assumpto. Com effeito partindo-se do principio exacto, incontestavel, de que o proveito constitucional da accusação dos ministros da corôa, por meio das assembléas geraes representativas, em tudo ou em parte, preceito que hoje se acha repetido nas diversas constituições dos paizes civilisados, não é um fructo natural de qualquer desses paizes, mas uma cousa originaria da Inglaterra, que encorporando-se ás idéas livres do seculo XVIII, passou a fazer parte do catechismo politico do todas as nações modernas; sabendo-se ainda que na terra, de onde ella provém, similhante instituição abrange não só os ministros, *como taes*, mas tambem os ministros, como cidadãos, por violações do direito commum ; juntando-se emfim a tudo isto a circumstancia de ser a constituição do Brasil, de entre o grupo daquellas que deferem á primeira camara a missão de julgar os ministros, a que mais buscou approximar-se do modelo inglez, não é possivel seriamente deixar de comprehender que o art. 38 dá á camara dos deputados a iniciativa da accusação em todo e qualquer delicto.

Não se sabe, nem os nobres combatentes desta doutrina, que me parece a verdadeira, disseram a rasão, porque o legislador constituinte brasileiro, tomando de emprestimo uma instituição politica ao paiz constitucional por excellencia, a patria do constitucionalismo, quiz por ventura fazer modificações, sem vantagem conhecida, só pelo gosto de innovar e mostrar-se original.

Os adversarios da idéa, que aqui abraço, deviam

---

(7) *Das englische Verwaltungsrecht*, I, pag. 398.

antes de tudo, convencer-se de uma cousa: o velho Benjamin Constant já não está no caso de prestar serviços. Ah! pobre Benjamin Constant, quando se acabarem os liberaes do Brasil, quem fallará no teu nome? Esses senhores, a despeito de tudo, continuam a procurar a solução de todos as duvidas e a descobrir novas riquezas no palavreado sagaz daquelle espirito mobil, creador de uma frivola theoria, romanticamente affeiçoada, da qual se esperou mais liberdade e mais ventura, do que ella realmente deu, como diz o suisso Honegger.

Mal sabem elles que, neste ponto, assimelham-se a outros tantos frades, agarrados ás velhas maximas de algum santo doutor da egreja!... Seria bom pôr termo á mania.

E' mister advertir que, discutindo a questão da iniciativa da camara dos deputados em decretar, sim ou não, a accusação do presidente do conselho, eu nada tenho que vêr com o acto em si. Posto que esta *materia* aqui em Pernambuco tenha até se tornado um como signal para conhecer-se a direcção dos politicos do dia, de maneira que, por minha parte, quando ouço qualquer liberal, mesmo em particular, rugir de pasmo e lastimar que o Sr. Sinimbú ainda esteja no ministerio, já sei pelo menos, a que *escola* elle pertence; posto que isto se dê, todavia é justo que se me crêa: para escrever o presente artigo, não me deixei levar de outros impulsos, que não os da minha propria convicção, ou antes da necessidade de pôr-me ao facto da theoria mais aceitavel. O lado pratico da cousa, seus resultados bons ou máos, não me dizem respeito, nem de perto, nem de longe.

Vou concluir. Antes disso, porém, seja-me permittido suscitar algumas questões que se prendem á questão geral, de que me occupei até aqui. Suscitar sómente, pois que não quero agora tentar discutil-as.

A primeira, que se me apresenta, nasceu da possibilidade, já indicada na camara, de um conflicto entre o senado e a mesma camara, por effeito de decisões differentes. Assim pergunto: uma vez decidido pela camara temporaria que não tem logar a accusação do Sr. Sinimbú,

esta decisão equivale a uma *absolutio ab instantia*, em materia criminal, ou a uma *absolvição da causa*? Póde o senado, violando o proceito do... *ne bis in idem*, tomar ainda conhecimento do facto? E dado que não tome do crime imputado ao *ministro*, poderá tomal-o do crime do *senador*? E' admissivel esta distincção.

Outrosim: decretada a não accusação do ministro, póde o processo continuar contra os co-réus? A concurrencia ou participação criminal de fallencia de um sujeito collectivo, como a directoria de um banco, é *necessaria*, ou *occasional*? Póde um dos membros ser processado e punido sem os outros? E suppondo que o senado tome conhecimento do delicto do ministro, ou do senador, poderão, com justiça, os co-reus deste ser julgados á parte? Não se viola assim o principio da *continentia causæ, quæ dividi non debet*?

Reservo-me para em outro artigo responder a estas questões. (1)

---

(1) Este escripto é de maio de 1879. o auctor não voltou mais ao assumpto. Não escreveu o segundo artigo promettido. (Nota de S. R.)

XIV

Historia do processo civil

I

Origem do processo civil. Suas relações com o respectivo direito

I *Origem do processo civil.* Qualquer que seja a definição que se dê do direito, a idèa da coactividade faz parte della como um dos seus capitaes momentos. Esta coactividade se manifesta na *acção* e pela *acção*, o que vale dizer que ella se realisa por meio de um systema de regras, a que se costuma dar o nome de *processo*.

Já daqui se deprehende que até onde fôr possivel fazer remontar a origem historica do direito, até lá tambem remonta a origem historica desse mesmo processo.

E não sómente nos limites da historia, mesmo além desses limites, no dominio do que se poderia chamar *paleontologia juridica*, nós iriamos tambem encontrar uma *paleontologia processual* (1). As *ordalias*, as provas de *agua* e *fogo*, a bebida de veneno, em uma palavra, toda sorte de feiticerias, que ainda hoje caracterisam as praticas judiciaes dos povos selvagens, e que naturalmente devem ter sido as mesmas dos actuaes povos cultos, quando tambem no estado de selvageria primitiva, constituiam uma rude fórma de processo adaptada a uma barbara concepção do direito.

---

(1) Os doutores não façam *cara feia* diante da minha *paleontologia*. Se foi licito, por exemplo, a Adolphe Pictet occupar-se de *paleontologia linguistica*, segundo a sua propria expressão, por que razão não se póde tambem fallar de uma *paleontologia juridica e processual*?

Não deixa pois de ser um estudo interessante a indagação desses primeiros e antiquissimos delineamentos da vida juridica da humanidade ; estudo que até um certo ponto é uma necessidade indispensavel para o jurista critico e philosopho.

Mas aqui é o caso de dizer com o poeta latino : — *Sed nunc non erat his locus*. Esta materia não cabe no estreito ambito de um programma de *processualistica* da nossa Faculdade. Se já é muito dar entrada ao desenvolvimento historico do processo, o que não seria invadir o terreno da *pre-historia*, para indicar as primeiras *ceremonias* associadas ao *duello juridico* entre os povos que começavam a ter o sentimento e a idéa do direito. ? (2)

Importa pois restringir o nosso campo de observação. Assim como todas as outras especies de processo surgiram juntamente com o direito, cuja acção ellas tratam de regular e tornar efficaz, do mesmo modo, e póde-se dizer com maioria de razão o processo civil, que é o processo *por excellencia*, nasceu com o direito civil.

Onde quer por tanto que este ultimo se tenha claramente differenciado de outros dominios limitrophes, elle cercou-se tambem de fórmas proprias, que constituem o respectivo processo. Se o direito civil, segundo a linguagem pinturesca de von Ihering, é a *ossamenta* do organismo juridico, bem póde-se continuar a imagem e dizer que o seu processo é uma especie de *musculatura*, por meio da qual se executam as acções e reacções mais communs da vida do direito. Já se vê que elles são inseparaveis, como a funcção é inseparavel do orgão. O primeiro sem o segundo, uma theoria esteril ; o segundo sem o primeiro, uma pratica perniciosa, semelhante a dos curandeiros na esphera da medicina.

II, *Suas relações com o respectivo direito*. O direito civil e o seu processo são congeneres e contemporaneos.

---

(2) A logica tem suas leis, que é preciso respeitar. Não se *dividem* e *subdividem* conceitos *indivisiveis*. Desde que na frente do programma está escripto — *primeira parte*, — *historia do processo*, — é violar o pensamento do autor do mesmo programma e commetter um erro de methodo *occupar-se* do processo fóra da historia, no meio deste ou daquelle povo inculto, e ainda no mais longiquo periodo patriarchal.

Como ramos do mesmo tronco, elles vivem a mesma vida e se nutrem da mesma seiva. Mas ha sempre a ponderar que o processo não se acha para com o direito em uma só relação ; elle não lhe é sómente *coordenado*, mas tambem *subordinado*.

E' certo que o processo tem o seu desenvolvimento independente do desenvolvimento do direito ; e uma das provas desta asserção está no facto de que, em alguns paizes, os codigos do processo têm apparecido primeiro que os do proprio direito civil. Ainda é certo que o processo por si só, isto é, considerado como o *direito em acção*, e pela unica efficacia de seu mecanismo, póde até tornar-se uma *fonte juridica*. Foi assim, por exemplo, que em Roma formou-se o *jus honorarium*, e particularmente o *jus prætorium*.

Mas é só isto. Qualquer que seja a influencia que a fórma exerça sobre o fundo, ou que o corpo exerça sobre o espirito, afinal estes ultimos acabam sempre por tomar o ascendente e subordinar á sua direcção os seus correlativos.

Neste sentido são dignas de menção as seguintes palavras de von Ihering : — « Separação e desenvolvimento independente das partes isoladas, tal é a lei de todo o desenvolvimento em geral. Esta lei tambem se manifesta na relação entre o fundo do direito e o processo. Intimamente ligados um ao outro, em sua origem, os tempos que correm os vão separando cada vez mais ; direito e processo tratam de resolver os seus problemas, e obedecem ás suas proprias leis. O laço que os unia, vai de dia em dia se afrouxando ; e finalmente elles não conservam mais entre si senão uma relação puramente exterior. »

Mas este estado de separação e independencia não póde ser permanente. Tarde ou cedo apparece a necessidade de accommodar de novo a fórma ao fundo e caracterisa o fundo pela fórma do direito.

Ha ainda um ponto, que merece ser notado. Ordinariamente divide-se o direito, inclusive o direito civil, em *objectivo* e *subjectivo* ; conceitos estes tão conhecidos, que já dispensam qualquer explicação. Confrontado e comparado com o direito, o processo apresenta esta

particularidade: não ha, não se concebe um processo *subjectivo*.

Todo processo é um conjuncto de *regras*, que não é dado a ninguem desprezar, ou modificar; e se é licito ao individuo, no exercicio de seu direito, seguir o caminho que bem lhe aprouver, uma vez que não offenda direito alheio, o mesmo não succede, quando trata de fazer valer esse mesmo direito, por que então só tem de applicar as *normas legaes*. Não lhe é licito recorrer a uma *acção* ou empregar um *remedio*, que não seja traçado pela lei.

II

O processo civil entre os romanos. Diversas phases do seu desenvolvimento

I. — *O processo civil entre os romanos.* — Historicamente apreciado, o processo civil nasceu em Roma. E' verdade que os povos mais antigos, quando uma vez attingiram um certo gráo de cultura, tiveram tambem o seu processo, ou para servir-me de uma expressão de Bethman-Hollweg, tiveram tambem uma *therapeutica* a serviço da *pathologia* do seu organismo juridico-civil.

Mas estes primeiros ensaios de pratica processual, além de se mostrarem meio confusos e indistinctos na obscuridade dos tempos, accresce que não se acham presos ao processo juridico ulterior, ao processo dos povos cultos hodiernos pela lei da continuidade historica. Para nós outros, filhos da civilisação occidental, não tem minimo interesse, na esphera do direito propriamente dita, saber como os judeus, babylonios e assyrios decidiam judicialmente as suas contendas.

Bem póde, diz ainda o citado Hollweg, bem póde o jurista philosopho levar o estudo comparativo do processo até aos indios e chinezes; para a historia universal, porém, para a historia do espirito em relação ao direito, sómente os dous povos, eminentemente juridicos, romanos e germanos, têm uma significação profunda e duradoura.

Sob este ponto de vista, os gregos mesmos não se apresentam menos estereis do que os povos orientaes. Elles que abriram as portas da arte, da philosophia e da sciencia, revelaram-se infecundos no dominio da vida juridica. Pelo contrario, todo o senso artistico, philosophico e scientifico de Roma concentrou-se no direito. *Jus est ars boni et æqui* é uma das phrases mais caracteristicas da jurisprudencia romana.

Sobre o desenvolvimento do direito d'esse grande povo exerceu decisiva influencia o facto de que os começos de Roma já se deram em uma época de adiantada cultura e vivo commercio entre os habitantes das plagas do Mediterraneo, commercio feito por phenicios e por gregos, da metropole e das colonias, e no qual a Italia mais ou menos toma parte.

D'ahi vem que entre os romanos, e desde longa data, já havia o uso da *escripta*, por meio da qual o pensamento juridico, pôde logo tornar-se lei objectiva (*jus scriptum*), como tambem o uso de um meio geral de troca e signal de valor, isto é, o bronze pesado, que mais tarde, mas em todo caso antes da lei das *Doze Taboas*, foi substituido pelo cobre cunhado.

Não é preciso insistir em demonstrar, quão vantajosa foi esta circumstancia para o precoce desenvolvimento do direito e do processo civil.

Tudo bem ponderado, é certo que o direito romano tira o seu conteúdo do espirito e do costume do povo, pelo lado da fórma porém se desenvolve sob a influencia preponderante do poder publico e do sacerdocio, em cujo logar apparecem então os juristas, autoritativamente na lei e na justiça, e artisticamente na sabedoria juridica (*jurisprudencia*).

A esta circumstancia, por um lado, e por outro lado ao senso conservador dos romanos, ao equilibrio de forças moventes e paralysantes, e ao continuo progresso que deste modo se realisa atravéz dos seculos, deve o direito romano a sua perfeição formal, e poderiamos dizer, a sua belleza classica (*elegancia juris*), que tem o seu antitypo nas creações artisticas da Grecia.

II. *Diversas phases do seu desenvolvimento.* A historia do processo civil,dos romanos se divide, segundo tres fórmas fundamentaes, que successivamente se substituem, nas tres seguintes phases:

1.—A *legis actio* é mais velha fórma do processo, como objecto da sciencia occulta dos padres e uma especie de guarda da antiquissima escola de juristas, que se estende, pouco mais ou menos, até ao meiado do VI seculo da cidade;

2—A *formula* constitue, depois que o livre commercio do mundo rompeu aquelles estreitos laços, a imagem da lucta juridica e sua accommodação, que se completa na administração da justiça mesma, até ao fim do III seculo depois de Christo;

3.—A *cognitio* assignala a epoca da decadencia sob o absolutismo *bureaucratico* do imperio prestes a tombar; entretanto de tal maneira, que a intuição fundamental do pleito judiciario permaneceu a mesma em todas as tres fórmas; e passando para os livros *justinianeos*, entrou em lucta com a intuição germanica, e triumphando sobre esta, pôde assim chegar até a nós.

As *legis actiones*, que carcterisam o processo dos primeiros tempos, são divididas pelos jurisconsultos romanos em cinco especies:—*sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem*, - denominações tomadas de uma das partes proprias do processo, que mais ou menos fórma o seu centro, porém que nem por isso deixa de apparecer nas outras especies. E' o que se lê em Gaio:—IV § 12—Lege agebatur modis quinqui, etc...

A primeira especie (*sacramento)* é o rigoroso processo ordinario da antiguidade romana; a segunda (*per judicis postulationem*), é um processo excepcional, que existe ao lado d'aquella; a terceira (*per condictionem*), a rigorosa acção de divida de formação mais recente; a quarta (*per manus injectionem*) o processo executivo ordinario; a quinta finalmente (*per pignoris capionem*), uma penhora privada, por conseguinte uma especie de justiça, que o individuo fazia a si mesmo.

Tambem è certo que a protecção de direito por meio

da judicatura não se limita a estas cinco fórmas ; e Bethman-Hollweg é de parecer que, por mais luz que essa divisão derrame sobre o velho direito processual, ella não póde servir de base á exposição desse mesmo processo segundo os seus motivos intimos.

Que as *legis actiones* não podiam mais bastar, depois que a nação livrou-se da tutela da sciencia occulta juridico-sacerdotal, e o commercio da vida civil começou a tomar um caracter cosmopolitico, é cousa indubitavel. Na falta de dados chronologicos mais exactos, podemos admittir com segurança que, justamente pelo meiado do VI seculo *urbis conditæ*, as *legis actiones* tornaram-se odiadas do povo, por causa da sua estreiteza e do seu rigor; sendo abolidas em virtude da *Lex Æbutia*, que as substituio pelas *formulæ*, mais accommodadas á natureza dos pleitos forenses.

E' tambem o que diz Gaio, IV § 30: — Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; nam propter nimiam subtilitatem veterum eo resperducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

O dominio das *formulæ* se estendeu até á época das reformas iniciadas por Deocleciano e completadas por Constantino, cerca de 300 annos depois de Christo. No que toca ao processo civil, foi tirada á antiga *Ordo judiciorum privatorum*, pela abolição da regular *judicis datio*, o seu essencial fundamento. Por este modo cahio a *formula* e o mais que era a expressão dos direitos das partes, ficando sómente esses direitos mesmos, como a jurisprudencia classica os tinha determinado. (3)

Que desde então o centro de gravidade do processo repousa no arbitrio do juiz, deprehende-se da propria expressão *cognitio*, em opposição a *actio*. E não só na direção do processo, na indagação e decisão da lucta judiciaria, a magistratura se entrega ao seu mais livre modo de vêr , mas tambem, onde se trata de conferir ao direito um reconhecimento de facto, isto é, na *execução*, ella não se satisfaz, como dantes, com autorizar as partes a exercel-o, intromette-se mesmo na contenda com o seu

---

(3) Bethman-Hollweg.

poder coactivo, dando assim sem duvida a uma completa protecção juridica, ao passo que tambem põe em perigo a liberdade pessoal da outra.

A *cognitio*, que já era uma degenerescencia do primitivo processo romano, começou a corromper-se cada vez mais, abrindo caminho a toda a sorte de abusos, que se apoderaram dos tribunaes até á difinitiva queda do Imperio.

III

O processo civil na idade média. A parte dos germanos na renovação do direito processual.

I. *O processo civil na edade média.* Por muito tempo chamou-se a edade média uma época de trevas; quem é porém que hoje continuaria a dar-lhe tal denominação, depois que está assentado que ella é ainda o *pé*, sobre que nos firmamos; que ella ainda é o *olho*, com que vemos ?.

Em seu Dante, Alfredo, Wickliffe, Abelard e Bacon; em sua *Magna charta*, seu calculo decimal, sua bussola, sua polvora, seu vidro e seu papel; em seus relogios, sua chimica, algebra e astronomia; em sua architetura gothica e sua pintura, ainda hoje todos nós aprendemos e deliciamo-nos, disse Emerson.

Foi realmente uma época de *zymosis* ou de fermentação, que se estendeu até aos nossos dias. O direito civil e o seu processo, como elles existem entre os povos modernos, tambem começaram lá.

O imperio de Carlos Magno, que já trazia em si o germen de sua dissolução, a qual foi accelerada pela fraqueza de seu successor, dividindo-se entre os tres filhos deste, déra logar ao desenvolvimento das diversas naciolidades de França, Italia e Allemanha, que se tornaram os principaes factores da cultura millenaria da Europa.

E tambem para a historia juridico-civil, sobretudo para a historia do processo, esses paizes foram os representantes de tres diversas fórmas de direito.

Em França o direito processual experimentou, por meio da legislação antiga, moderna e novissima, um aperfeiçoamento especial, que é de summo interesse para a jurisprudencia comparada.

Na Allemanha o direito processual germanico recebeu o seu mais completo desenvolvimento na organisação iniciada por Carlos Magno.

Na Italia, finalmente, o direito romano, nos seculos XII e XIII, reanimou-se de tal modo que deu logar á sua recepção na Allemanha, no fim da idade média.

Por isso mesmo a historia do direito processual na Italia é da mais alta significação juridica e pratica. Ella póde ser estudada desde o seculo IX até ao seculo XI, onde ao lado do vigente processo franco-longobardo preparou-se a reanimação do processo romano. Mas é um estudo aqui dispensavel.

O que nos importa saber é que cêdo e muito cêdo, em plena confusão medieval, a Italia já contava as duas escolas juridicas, de Pavia e de Ravenna, que abriram caminho á renovação do direito romano na escola de Bolonha.

A escola de Pavia contribuiu para esse facto, substituindo por uma jurisprudencia sabia o moribundo direito popular longobardo. A escola de Ravenna, porém, prestou a sua contribuição, offerecendo ao espirito indagador de Irnerio e seus discipulos os documentos completos da jurisprudencia romana.

II. *A parte dos germanos na renovação do direito processual.* Quando se falla em germanos, como um dos elementos da formação do mundo moderno, tem-se naturalmente a idéa daquelles povos barbaros que, invadindo o imperio romano, retalharam e dividiram entre si o manto dos Cesares.

Com effeito: *Vandalos*, *Burgundios*, *Wisigodos*, *Ostrogodos*, *Longobardos* e *Frankos*, todos elles entraram com a sua quota para o desenvolvimento da cultura occidental.

E no que toca especialmente á historia do direito e seu processo, cada um desses povos ahi figura em maior ou menor escala, conforme tambem a maior ou menor parte com que elle contribuio para a physiologia e morphologia juridica das nações modernas.

Dest'arte os *Vandalos*, que foram os primeiros em tempo, não podendo reduzir a um todo organico os diversos elementos, de que se compunham, tiveram de ceder e succumbir. E' sabido que Justiniano, com o seu Belizario, derrotou completamente o Estado vandalico se de tal se póde fallar, depois de uma existencia de cem annos apenas (425—534); e esse povo desappareceu da terra, sem deixar um vestigio apreciavel.

Já o mesmo não se deu com os *Burgundios*. Delles partiram as primeiras tentativas de harmonisação do direito germanico com o romano. No que diz respeito ao processo, foi este regulado, para os Burgundios entre si e com os romanos, pela *Lex Gundobada*, para os romanos entre si, pela *Lex romana*.

A lei burgundia não fazia distincção entre o processo civil e o criminal. Este era accusatorio e corria pela mesma fórma que aquelle. A defeza do réo repousava essencialmente sobre os principios do direito germanico da prova.

Os *Wisigodos* foram adiante dos *Burgundios* ou *Borgonhezes*. Porquanto o que estes tinham sómente começado, porém logo interrompido com a sua quéda prematura, foi posto em execução pelo Estado fundado pelos *Wisigodos* no sudoeste da Gallia, e depois transportado para a Hespanha, isto é, o completo amalgama das duas nacionalidades, de germanos immigrados e de *provinciaes* romanos, na lingua, nos costumes, na religião e no direito, sob a influencia preponderante do elemento celtibero-romanico.

Quanto ao direito material e formal, os seus principios eram diversos para godos e romanos; mas a final fundiram-se em um todo commum; isto não só na Gallia, mas sobretudo na Hespanha, onde o processo civil consistia em uma visivel mistura de regras e fórmas germanicas e romanas.

Entretanto, o Estado que os *Ostrogodos* fundaram no centro do imperio do occidente, na Italia e provincias vizinhas, assignalou-se pelo facto de que o seu grande rei Theodorico executou o plano consciente de conservar ao todo as instituições de Roma.

Pondo de parte o mais, o processo civil era absolutamente romano. Os principios reguladores da prova tambem o eram em geral.

Entre os *Frankos*, cujo processo era determinado pela *Lex Salica*, havia alguma cousa de semelhante ás *Legis actiones* romanas, em que a fórma e o conteúdo coincidiam perfeitamente.

Mas de todos os povos germanicos, o que melhor contribuiu para a historia cultural do direito, foram os *Longobardos* : 1°, porque defenderam com mais energia e por mais tempo o seu proprio direito germanico contra as influencias romanisantes da Italia ; 2°, porque, no seculo XI, trataram de polir scientificamente esse mesmo direito na escola de Pavia ; 3°, porque no seculo XII reduziram uma parte delle, o direito feudal, á fórma em que se estendeu sobre a Europa moderna ; e 4°, finalmente, por que ao mesmo tempo reanimaram o direito romano na escola de Bolonha.

No que pertence ao processo, que é o que aqui nos interessa, os *Longobardos* conservaram os velhos principios germanicos em maior escala do que os outros povos ; mas emfim tiveram sempre de ceder á poderosa influencia das ideias romanas e christãs.

XV

Sobre uma nova intuição do direito (1)

I

E' uma verdade, ácima de qualquer duvida, que a velha sciencia do direito, conforme ainda hoje infelizmente nol-a fazem saborear e aborrecer não poucos dentre os seus representantes, está em perigo de ser relegada para o paiz dos expedientes rasteiros, dos meios mecanicos de viver, se ella não se deixa tambem bafejar do espirito do tempo, se não quer accommodar-se, como succede em outros dominios do pensamento, ás exigencias do moderno saber.

Lichtenberg, o celebre humorista allemão, dividio as sciencias em quatro classes, assim dispostas : á primeira, pertencem aquellas que dão honra; á segunda, aquellas que fornecem o pão; á terceira as que dão pão e honra; á quarta, emfim, as que não trazem nem honra nem pão.

A classificação parece-me completa, e seria em todo o caso digna de mencionar-se, quando mesmo ella não tivesse por si a autoridade de Jacob Grimm, que foi aliás onde primeiro a encontrei citada.

Não sei em qual dessas categorias merecidamente inclue-se o velho direito; não sei se elle está em condições de dar pão aos seus cultores, o pão bem adquirido é filho do trabalho honesto; mas pelo menos uma cousa é certa : é que o direito, como nós o temos, como o aprendemos e o ensinamos, não confere honra a ninguem.

Destituido de feição scientifica e reduzido ás proporções de um formalismo banal e insignificante, quando não ás de um mister ou officio estragador, que não deixa callos nas mãos, é verdade, porém deixa-os no caracter,

---

(1) Este artigo reproduz um ou outro trecho do escripto inicial d'este livro — *Introducção ao Estudo do Direito*. Damol-o, porém, tal como foi deixado pelo auctor; porque a argumentação acha-se aqui mais cerrada e mais completa. (S. R.)

o nosso direito não é assumpto capaz de occupar sériamente a attenção de espiritos elevados. Que ha nelle, com effeito, que possa provocar o appetite do estudo, a sêde da pesquiza? Absolutamente nada.

D'ahi, por certo, o espectaculo pouco edificante do grande numero de moços, que entram nas faculdades juristicas com o ardor e a impaciencia de quem vai por ventura cavar um thesouro, porêm dellas se retiram com a triste desillusão de quem em vez do thesouro sonhado encontrou apenas uma camada de gréda, ou uma caveira de burro.

Entretanto, importa reconhecer e dizêl-o alto e bom som: a mocidade não é culpada dessa indifferença e quasi tedio, que se lhe nota em relação aos estudos juridicos. O mal provém de outra fonte; e eu não sinto a minima difficuldade em indica-la.

O mal provém do corpo docente, cujo talento de instruir, salvo uma ou outra arvore viçosa no campo safaro da regra commum, consiste justamente bem ao envez do que pensava Rousseau, em fazer que os discipulos se horrorizem da instrucção.

Ainda peior do que isso: o corpo docente, que aliás não se compõe sómente de velhos, ou seja porque lhe falte o gosto da sciencia pela sciencia mesma, sem o qual não ha progresso scientifico possivel, ou qualquer outro motivo psychologico, que escapa ás vistas do observador, o certo é que contribue não pouco para esse estado de languidez e inanição moral, que fórma o apanagio do bacharelato, a quem de ante-mão se affeiçôa para ser, ao lado dos padres e dos soldados, uma *guarda de honra* do throno e do altar. (2)

---

(2) Esta ordem de idéas acha-se exposta mais larga e detalhadamente em um trabalho, que tenho entre mãos, escripto em allemão, sob o titulo:—*Die akademischen Lehrkraefte an der juristichen Facultaet in Pernambuco; ein Beitrag zur Kunde des geistigen Lebens in Brasilien*;—trabalho de que tambem pretendo dar uma edição franceza, sob o titulo:—*Le corps de professeurs à la Faculté de droit de Pernambuco*. Assim Deus me ajude; não só o Deus da theologia mas tambem o deus da sciencia economica, a substancia *spinosistica* do mundo, na qual... *vivimus, movemur et sumus*. Quero citar mais de um réo perante o tribunal do mundo civilisado.

A mocidade, repito, não é culpada do mal que a estraga e inutilisa, ou, se alguma culpa tem, é compensada por igual senão maior porção de responsabilidade da parte dos mestres. Estes se queixam, como é natural, de que o corpo discente hodierno só se assignala pela falta de gosto e applicação. Estou de accôrdo. Porém é justo que se procure para o phenomeno uma explicação mais rasoavel, e não tão desairosa, como a que se costuma dar.

A inercia dos moços, a falta de gosto que nelles se encontra, em vez de ser um demerito, é, a meu vêr, perdão para o paradoxo, uma cousa que, bem examinada, mais os eleva do que os humilha. No pessimo e desastroso systema de estudos superiores que entre nós permanece inalteravel, a mocidade talentosa sente-se obrigada a reagir, mas só acha um meio prompto de reacção : *é não estudar.*

Este protesto mudo, como todos do mesmo genero, é certamente inefficaz e esteril, no sentido de abrir caminho a uma cura da velha doença, porém ao menos póde ser aproveitado como indicio de que tudo ainda não está perdido; e tanto basta.

Eis ahi a verdade, dura e amarga, mas sempre verdade. Todavia não quero hyperdiabolisar o diabo, fazel-o mais preto,ou conferir-lhe um rabo maior do que elle realmente tem. *Nec ridere nec lugere res humanas fas est, sed intelligere.*

O professorado juristico não é de certo um grupo de estrellas, nem de segunda grandeza, mas não é tambem inteiramente imprestavel; ao contrario, ha nelle mais de uma força, a quem sómente fallece o meio adequado, para tornar-se fecunda e superior. Essa conção mesologica, porém, está menos no clima, no ambiente social mesmo, do que na intuição scientifica moderna.

Os nossos professores são em geral uns Epimenides, que adormecem sobre o travesseiro de meia duzia de alfarrabios, e, quando despertam, depois de dez, vinte annos de somno, é com a crença inabalavel de que as cousas se acham no mesmo pé em que elles as deixaram.

Releva mostrar que estão illudidos. Não raras vezes a illusão representa o papel de uma grande potencia etiologica no dominio da pathologia cerebral; - faz-se mister combatel-a.

II

A sciencia do direito, diz Hermann Post, não deve continuar a ser uma irmã da theologia, limitando-se a folhear contemplativamente o *Corpus juris*, como esta folhéa a Biblia. (3)

E' facil comprehender que o nosso direito deixa de ser alcançado pela critica do escriptor allemão, mas isto por um motivo bem singular: os juristas patrios, prógonos e epigonos, praticos e theoricos, não estão no caso de fazer das *Pandectas* a sua leitura favorita.

Não sei se temos theologos, capazes ou incapazes de se occupar com os livros sagrados, porém, temos jurisconsultos, para quem o *Corpus juris* é uma fonte guardada por um dragão, que os amedronta e afugenta. Se bebem della alguma cousa, é dada por mão dos outros, é de segunda e terceira mão.

Dest'arte, o que *lá em cima* já se considera testemunho de pobreza, o exclusivo apêgo e familiaridade com a dogmatica juridico-romana, *cá em baixo* ainda tem um certo caracter de ideial inattingivel ou, pelo menos, difficilmente realizavel. E oxalá que, na falta de outras luzes, os nossos jurisconsultos conhecessem a fundo o direito romano. Seria um desses defeitos que equivalem a dez boas qualidades.

Nem a critica de Hermann Post se refere a todo e qualquer modo de estudo juridico romanisante, mas sómente ao modo dogmatico, áquelle resto de intuição medieval, segundo a qual o *Corpus juris* é a Biblia do direito, digna de ser collocada ao lado da Biblia da fé, como um supremo oraculo, eternamente valioso. Suppôr o contrario seria não só desviar do seu verdadeiro sentido as palavras do autor citado, como tambem ir de encontro ao espirito

---

(3) *Der Ursprung des Rechts*... pag. 3.

de toda a sciencia allemã. Ambas as Biblias, tanto a da fé como a do direito, encerram thesouros que ainda podem ser utilisados. A questão é simplesmente mudar de methodo e de principio director.

Mas é mesmo nessa mudança de principio e de methodo que consiste o primeiro passo para uma nova intuição do direito, intuição que vae sendo cada vez mais exigida pela necessidade de assignar á jurisprudencia um logar proprio no systema organico das sciencias. O methodo a que me refiro, é o historico-naturalistico, é o methodo hoje commum a todos os ramos de conhecimentos mais adiantados, a observação e a reflexão applicadas á esphera do direito, do mesmo modo que se applicam a outras ordens de phenomenos naturaes.

O principio regulador é a ideia do desenvolvimento, em virtude da qual o direito, com todas as suas apparencias de constancia e immobilidade, tambem se acha, como tudo mais, e um perpetuo *fieri*, sujeito a um processo de transformação perpetua.

A fixidade do direito, quer como ideia, quer como sentimento, é uma verdade temporaria e relativa se não antes uma verdade local, ou uma illusão de optica intellectual, devida aos mesmos motivos que nos levam a fallar da *fixidade das estrellas*.

Nada mais que um mero effeito do ponto de vista, da posição e da distancia. O que aos olhos do individuo, que não vae além do horizonte da torre de sua parochia, se mostra estacionario e permanente, aos olhos da humanidade, isto é, do ponto de vista historico, se deixa reconhecer como fugaz e passageiro.

Nada existe que mais se pareça com um pedaço de crystal ou com uma peça de granito, insusceptivel de differenciação e de progresso, immovel e acabado em seu desenvolvimento, do que, por exemplo, a lingua ou a religião de um povo, nos limites de uma época; e, todavia, quem será hoje ainda capaz de sustentar, em face da sciencia das lingoas e das religiões comparadas, a inalterabilidade de uma e de outra cousa?

Platão dissera que *não ha sciencia do que passa*; veio o espirito moderno e redarguio convicto: *só ha sciencia*

do que é passageiro; pois tudo que póde ser objecto scientifico, o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perenne, mas o phenomeno de uma transição permanente, de uma continua passagem de um estado a outro estado. *Nichts ist dauernd als der Wechsel*, já o disse Ludwig Boerne.

E esta mudança operada no modo de encarar a sciencia devia produzir os resultados que ahi vêmos, bem entendido, os que temos olhos para vêr, indifferente, se nús ou armados.

Tudo cresceu, alargou-se e engrandeceu-se. A meia duzia de millennios que se costumava dar á existencia do mundo, tomaram proporções de espaços incommensuraveis, e o conteúdo historico do universo tornou-se rico e grandioso, como nunca a antiguidade o presentira. Por quanto já temos uma historia do ceu estrellado, uma historia do nosso planeta, uma historia do reino vegetal e animal desde as mais elementares fórmas organicas até á sua actual constituição, uma historia da raça humana desde os protistas menos desenvolvidos, embryonarios e amorphos, até á organisação hodierna, finalistica e artisticamente affeiçoada; já temos mesmo uma historia da razão, que aliás estava habituada a pairar nas alturas como deusa eternamente moça, e a olhar desdenhosa para a corrente dos factos, como para uma esphera, que lhe ficava debaixo dos pés; já vemol-a, sim, no seu inicio, irromper d'entre as trevas de uma obscura vida sensivel, que nós somos obrigados a attribuir a qualquer outro organismo cosmico, ou deva elle sua origem ao processo tellurico-chimico do nosso planeta, ou reconheça no sol o principio vivificante dos seres da sua especie.

Não fica ahi. A sciencia dos nossos dias revelou-nos ainda o importante mysterio de que o mundo, com a sua historia infinita, está ligado á consciencia humana, aos orgãos sensiveis e centraes, taes quaes elles se têm desenvolvido até chegar ao grau de perfeição, que actualmente mostram; em outros termos, que a historia do mundo caminha *pari passu* com a historia da consciencia.(4)

---

(4) *Der Ursprung*, etc. pag. 1 e seguintes.

Mas não é tudo. A philosophia sentiu-se esteril, e tratou tambem de fecundar-se ao sopro do novo espirito. Como a estatua de marmore, cobrando vida e sentimento nos braços de Pygmalião, ella tomou-se de impetos e ousadias ao contacto do evolucionismo darwinico-haeckeliano ou da moderna intuição do mundo. O que ha hoje pois de exacto e constante na philosophia, é sómente a sua historia, que consiste tambem, por sua vez, n'um processo interminavel de aperfeiçoamento, em uma especie de *selecção metachimica*, pela qual o espirito humano vae expellindo velhas ideias e adaptando-se novas, cada vez mais apuradas e mais conformes ao fim que elle se propõe a si mesmo.

Neste vortice de estudos e pesquizas, que engole o ceu e a terra, o homem e a natureza, no meio deste torvelinho que arrasta e agrupa todas as sciencias, dignas de tal nome, em torno de um pensamento, de uma alta concepção, a concepção monistica do universo, o que fazem as chamadas sciencias praticas, o que faz sobretudo, a jurisprudencia com a sua carencia de problemas sérios e ainda maior pobreza de soluções instructivas, de sérias e animadoras verdades? Cousa nenhuma. Na grande maioria dos casos, ella se acha ainda condemnada a trabalhos de *servente*, sob as ordens da praxe.

A ideia de uma reforma da instrucção juristica, talvez estranha entre nós e até de sabor heretico, não é uma novidade no mundo scientifico. Em 1872 Theodoro Muther, professor universitario de Jena, fez uma prelecção especial nesse sentido (5); e pouco depois em dezembro de 1874, no anniversario da fundação da universidade de Dorpat, o professor Carl Erdmann tomou essa questão para assumpto do seu discurso de festa. (6)

Como se vê, estes dous nomes bastam para deixar assentado que não se trata de uma ideia extravagante ou de um problema pegado no ar, sem fundamento, sem razão de ser.

---

(5) *Die Reform des juristischen Unterrichts. Eine akadmische Antrittsvorlesung. Weimar*, 1873.

(6) *Ueber die Stellung der Rechetswissenschaft vor dem Richterstuhl der Laien und der Schwester Wissenschaften*. Doipat, 1875.

Mas os dois sabios professores, juristas de officio, especialmente juristas, não tomaram a questão, importa nota-lo, naquella altura em que ella deve ser colocada.

Em outros termos, o que se acha elucidado nos seus escriptos, é realmente alguma cousa de novo e apreciavel, é a necessidade de reformar o methodo e systema de estudos juristicos : porém isto não é bastante.

O actual *status causæ et controversiæ*, no dominio da jurisprudencia, é mais do que uma questão, ainda mesmo complicada, de methodologia e systematisação.

Não basta, em uma palavra, mudar de fórma, o que todavia já seria muito, é preciso mudar de conteúdo.

A controversia estende-se á propria concepção do direito, que deve se modificar de maneira adaptada á intuição scientifica dominante.

Os doutores não se possuam de espanto, e os padres não me condemnem : essa intuição dominante, já o disse, é a darwinico-hæckeliana.

Os nomes de Darwin e Hæckel, bem o sei, não soam de modo agradavel aos ouvidos dos felizes, que encontraram a serenidade nas alturas, que acham por tanto Hæckel e Darwin dignos de lastima, principalmente porque nunca os leram. Mas isto não é uma razão plausivel, para que eu deixe de proseguir na minha viagem.

Demais, nem sempre o darwinismo é capaz de produzir a horripilação dos crentes.

Conheço um pelo menos, que póde dar-nos testemunho de semelhante verdade. E é precisamente um jurista de estatura romana, de quem se poderia dizer o que Pomponio disse de Labeo, que... *ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et cæteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit*; *é Rudolph von Ihering*.

O leitor deve conhecel-o, se não por todas, por algumas de suas producções, pelo *Geist des roemischen Rechts*, pelo *Kampf ums Recht*, por exemplo, que se acham traduzidos em francez, ou como eu já disse uma occasião, reduzidos á clave de sol para uso dos dilettantes.

Ora pois, esse grande espirito não teve medo de exprimir-se nos seguintes termos: « Eu não ouso fórmar juizo algum sobre a exactidão da theoria darwinica, mas é certo que os resultados, a que tenho chegado, de minha parte, em relação ao desenvolvimento historico do direito, confirmam-na pelo modo mais completo. Entretanto, quando mesmo a exactidão dessa theoria fosse para mim de todo indubitavel, não sei como isto poderia lançar qualquer perturbação na minha crença em um pensamento finalistico divino.

« Na monéra que segundo Hæckel necessariamente deve conduzir ao homem, Deus previo este mesmo homem, como o estatuario prevê no marmore o Apollo, que elle projecta esculpir. » (7) Ponho de lado o que ha de chôcamente sediço nas ultimas linhas citadas, nesse respeitoso tirar de chapeu á divindade, para não cahir em contradicção com tanta gente, que está de cabeça descoberta; resta sempre alguma cousa de instructivo e animador nessa maneira de apreciar o darwinismo da parte de um homem de tal quilate, tão competente, quão insuspeito.

III

Darwinismo e direito, bradar-me-ha em côro o grupo de pêcos, para quem o desenvolvimento das sciencias é tão difficil de comprehender, como é para os ignorantes do *primeiro grão* o movimento dos planetas, darwinismo e direito... são duas palavras que não existem para se ajuntar, e até se espantam de se ver unidas!...

E' bom que nos entendamos. O velho direito, quero dizer, a velha concepção, pela qual a esphera juridica fica fóra da natureza e nada tem que ver com as leis que regem a evolução do mundo physico, não ha duvida que está bem longe de poder assimilar-se á theoria darwinica.

Mas essa velha concepção morreu, ou pelo menos não se acha em estado de corresponder ás exigencias do espirito novo. E seria um phenomeno singularissimo,

---

(7) *Der Zweck in Recht*, Vorrede, pag. XI e XII.

impossivel de explicar, que o darwinismo, fazendo-se valer até nos circulos da mecanica celeste, se mostrasse incompetente para tambem tomar conta da *mecanica social*.

Com effeito, se a ordem que actualmente reina nas alturas, muito em vez de ser um facto originario, determinado *á priori* por uma vontade suprema, é antes o resultado de uma *lucta pelo espaço*, pois que o espaço está para os individuos sidericos, como o alimento para os seres vivos, se o caminho que os astros hoje seguem, e que nos parece traçado por *mão de mestre*, finalistica, sabiamente traçado, lhes foi ao contrario aberto pelo tempo, isto é, por um processo constante de eliminação das irregularidades primitivas, que entretanto ainda presentemente não se acham de todo acabadas, não vejo razão sufficiente para applicar-se ao mundo social outra medida, e andar-se á cata de não sei que leis eternas, escriptas por Deus, preexistentes á propria vida da humanidade.

Darwin descobriu o fio, que reduz o mundo organico a um *todo* commum e fal-o apparecer como uma continuação do inorganico. Pergunta-se a gora: o homem é o élo desta cadeia? Ella não vai mais adiante? Os grupos organicos sociaes, diversos uns dos outros, não fórmam organismos tão reaes, como o homem mesmo? Estes organismos não obram e se desenvolvem segundo as mesmas leis fundamentaes, que vigoram nos demais seres da natureza, só com a differença de que nos organismos sociaes o principio da *finalidade* prevalece ainda em maior escala do que no individuo?

Não está o homem com todas as suas necessidades, assim physicas, como espirituaes, na mesma relação de qualquer cellula, isto é, como individualidade anatomica e physiologica, no organismo vegetal e animal? Na actividade, na vida social, não se exprime o mesmo principio da finalidade, que se manifesta na esphera puramente individual?

São perguntas estas, cujas respostas trazem comsigo a solução do nosso problema, que é mostrar a genese de um novo modo de comprehender e definir o direito.

Entretanto, não hei mister de descrever um circulo bem amplo, para abranger todos os pontos ahi questionados. Limito-me aos que tocam de mais perto o assumpto discutido.

E logo em principio: o homem não fórma o ultimo termo da série evolucional dos seres. Acima delle está a sociedade em suas manifestações, quantitativa e qualitativamente diversas. Como elle, a sociedade é um ser real, e, ainda como elle, um ser historico.

Da mesma fórma que os corpos celestes, por exemplo depois de longas lutas, abalos, choques e catastrophes, em que talvez mais de um planeta espedaçou-se e pereceu mais de uma linda estrella, chegaram emfim a esse *modus vivendi* que faz a nossa admiração, e cujo conhecimento, o mais perfeito do genero, constitue a gloria da sciencia respectiva, assim tambem a sociedade, ou melhor as sociedades humanas. O plural é a expressão de um facto, o singular a de uma aspiração, de um ideial apenas.

A vida social é igualmente um *modus vivendi*, a que o homem chegou depois da luta, e com tal caracter de regularidade que a uns apparece, como appareceu a Rousseau, debaixo da fórma de um verdadeiro contracto, a outros sob o schema de uma ordenação divina.

Mas pondo de lado o que pertence a Deus, que á força de ser chamado para explicar tudo, já reduzio-se á esteril condição de nada explicar, importa affirmar que a sociedade, como ella existe, é realmente o effeito de uma especie de compromisso entre forças antagonicas, e d'ahi essa apparencia de convenio nas direcções da sua actividade; mas isto não passa de uma illusão.

No systema planetario tambem se nota um certo *consensus* entre os corpos que o compoem, ou antes o que se chama systema planetario é esse *consensus* mesmo. Poder-se-hia então dizer que os individuos e grupos de individuos sidericos fizeram um pacto em termos, para não se atropellar, nem se causar, em sua marcha, reciprocos embaraços?

O erro de Rousseau e seus sectarios consiste apenas em ter tomado uma apparencia por uma realidade. A theoria do *contrato social* é de certo insustentavel, mas

no sentido de um facto historico, de uma cousa que effectivamente se tenha dado. Que a sociedade chegasse a organisar-se por via de um contrato, é falso; que ella, porém, tenha chegado a funccionar, como se fôsse uma convenção, um livre accôrdo de vontades, é exacto.

Aos phenomenos sociaes é applicavel, em quasi todos os pontos, o que Lucrecio disse dos phenomenos da natureza :

Omne genus motus et cœtus experiundo
Tandem deveniunt in talis dispositura,
Qualibus hœc rerum consistit summa creata·

Não esqueçamos, porém, uma differença notavel: é que a sociedade não se dirige tão preponderantemente, como a natureza, pelo principio da *causa efficiens*, mas ao contrario pelo da *causa finalis*, da qual ella é em grande escala uma manifestação e um producto.

A finalidade que se revela nos phenomenos naturaes é tão insignificante diante da pura causalidade, da causalidade fatal e inconsciente que só aos espiritos religiosos, mais felizes que nós outros, cégos e opiniaticos, é dado percebel-a e admiral-a.

Não assim quanto aos phenomenos sociaes. Aqui o *fim* é mais claro, mais certo, mais visivel. Se não se dá na natureza facto algum que não tenha uma razão sufficiente, o mesmo acontece na sociedade. Mas alli essa razão é de caracter mecanico; aqui, porém, de caracter psychologico. A natureza interpellada sobre a causa dos seus phenomenos responde por um — *quia*; interrogada do mesmo modo, a sociedade responde por um — *ut* (8). Verdade é que o — *quia* dos phenomenos naturaes se estende até aos sociaes, por isso que a sociedade estudada em suas raizes, não obstante as mais das vezes ser uma antithese, é tambem uma continuação da natureza.

Mas esta compõe-se principalmente de uma repetição de factos que têm as suas leis; aquella principalmente de uma repetição de actos que têm os seus motivos. Se taes motivos são afinal reductiveis a outras tantas causas do

---

(8) *Zweck im Recht* I pag. 5 e 25.*Der.*

dominio material, como as que operam, por exemplo, o movimento dos corpos, é questão á parte. Ainda quando ficasse assentado que a liberdade humana não passa de uma illusão, esta mesma illusão seria bastante para dar á sciencia social um certo *plus* que a differencía e distingue das sciencias naturaes.

Bem como a natureza, a sociedade é um conjuncto de forças, que em parte ainda luctam, em parte já estão accordes sobre o modo regular de conviverem; porém mais que a natureza, a sociedade é um conjuncto de vontades, que tem cada uma o seu fim a realisar, o seu escopo a attingir, e para cuja explicação não bastam os mesmos principios porque se explicam e coordenam as forças do mundo physico.

Pelo menos é certo que estas ultimas, depois de longos e incalculaveis conflictos, encontraram mais cedo as suas leis, as leis de sua coexistencia, as quaes mesmo assim, posto que só de longe em longe, ainda hoje parecem ser violadas, perturbando por instantes a doce impressão da harmonia do *kosmos*. (9)

---

(9) Até aqui o presente artigo já tinha sido publicado no jornal *Tribuna*, em diversos numeros de Novembro e Dezembro de 1881, Janeiro e Junho de 1882. Foi a primeira tentativa, feita entre nós, para abrir caminho a uma nova concepção do direito, ainda que certos tolos e invejosos, para quem não ha pequeno Colombo que não deva ter tambem o seu pequeno Vespucci, já andem por ahi chicanando a verdade e procurando ligar a importancia do facto a outro qualquer nome, com tanto que não seja o meu.

N'aquelle tempo, com excepção de alguns moços intelligentes, que se puzeram do meu lado, ninguem mais se dignou, nem se quer de me lêr. Os homens da *sciencia immovel* riram-se do meu *germanismo*. Actualmente porém, que são apenas passados cinco annos, já se nota comtudo alguma mudança na intuição juridica em geral.

E' exacto que o numero dos convertidos ainda não é *legião*, mas já se falla, com um tal ou qual desassombro, de *lucta pelo direito evolução do direito* e outras *gefluegelte Worte* ou *phrases aladas*, como dizem os allemães, ao passo que se contesta, a pé firme, a existencia de um *direito natural*; cousas estas que n'aquella época não eram comprehendidas. Deu-se portanto uma revolução, pequena sem duvida, mas sempre revolução; e d'ella posso dizer o que disse Eugenia de Gusman da guerra franco-prussiana, pouco depois de sua declaração: —*oui!... c'est vrai, la guerre c'est mon merite, et je m'en vante.* Não sei se nisto ha de minha parte demasiada pretenção; porém creio ter direito de assim exprimir-me, sem aliás correr o risco de perder um throno.

IV

Qualquer que seja a escola, em que se filie, nenhum grande pensador da actualidade acredita sériamente na origem transcendental, hyperterrena do direito.

Não é só isto. A' excepção de meia duzia de ignorantes ou de preguiçosos, que uma vez escondidos e resguardados dentro da tóca de uma velha theoria, *feita* e *acabada*, nunca mais deitam de fóra a ôca e encanecida cabeça, ninguem hoje está disposto a perder inutilmente o seu tempo com as infelizes pesquizas da metaphysica juridica.

E esses poucos *ptolomaicos* do direito ainda são mais ridiculos do que os da astronomia. Ao menos estes têm de seu lado a cumplicidade dos sentidos ; os olhos nunca acceitaram a doutrina de Copernico ; mas os outros só fallam em nome da sua razão, isto é, da funcção de conceber e ordenar as cousas, como melhor lhes parece, que é mil vezes menos geral, mais individual e relativa, do que a simples funcção de ver.

Entretanto, é fóra de duvida que o direito constituiria uma anomalia inexplicavel ou uma especie de disparate historico, se no meio de tudo que se move, sómente elle permanecesse immovel.

Os pobres theoristas do chamado *direito natural*, que ainda não adquiriram a consciencia da propria derrota, continuam a appellar para «uma *essencia ideial da justiça*, universal, immutavel, que é o exemplar de todos os institutos juridicos.» São palavras, estas ultimas, do italiano Pessina, em quem se nota uma singular mistura de sciencia positiva e phantasias metaphysicas.

Mas uma *essencia ideial da justiça* tem tanto senso, como por ventura uma *essencia ideial da saúde*, ou uma *essencia ideial do remedio*. Puras ideias geraes, a que os modernos *realistas*, os Duns Scots dos nossos dias attribuem uma existencia independente da realidade empirica.

E' verdade, e não é mister negal-o : a comparação ethnologica deixa patente que nas primeiras phases da associação humana, entre populações as mais diversas e geographicamente mais afastadas, apparecem, com toda

regularidade, as mesmas fórmas de organisação. O casamento, a familia, a propriedade, nos estadios primitivos, apresentam um aspecto semelhante entre povos differentes.

Que é licito porém concluir dahi? Que o direito é uma lei *universal*, no sentido de ter sido inspirado, implantado por Deus? Mas tambem a mesma comparação ethnologica nos mostra que em uma certa phase da evolução humana as populações primitivas, as mais diversas e distantes umas das outras, tiveram o seu Prometheu; será então concludente que se falle de uma lei do *uso do fogo*, procedente da mesma fonte?

E não sómente o *uso do fogo*; os estudos prehistoricos demonstram o emprego geral da pedra, como o primeiro instrumento, de que o homem se servio, na lucta e defesa contra os seus inimigos.

Poder-se-ha tambem fallar de uma *lei eterna*, isto é, de uma prescripção divina do *uso da pedra talhada*, ou da *pedra polida*, como um dos meios que o homem concebeu para accudir ás suas mais urgentes necessidades?!... Ninguem o dirá, e isto é decisivo.

A mythologia grega era muito mais philosophica do que a actual philosophia espiritualista. A imaginação que pôde construir Astréa e Themis, construio tambem Ceres e Baccho. Se era inexplicavel a existencia da justiça na terra sem um deus ou deusa, que a tivesse ensinado, não menos inexplicavel era o plantio do trigo ou o cultivo da vinha sem a mesma intervenção divina. Havia assim coherencia na illusão; coherencia que aliás fallece aos doutrinarios da creação divina do direito, quando não dão a mesma origem á sciencia, á poesia, ás artes em geral.

E não se diga que estas considerações, ainda que firam de frente o direito natural da escola theologica, todavia não alcançam o da chamada escola racionalista.

Ellas attingem ambos. O que importa é fazer a seguinte distincção: ou a *rasão*, de que fallam os racionalistas, é tomada no velho significado de um supremo oraculo, que está no homem, mas é delle independente, a elle superior, preexistente a elle, e então seria mais serio pronunciar logo o nome de Deus, pois que a razão, assim concebida, não é mais do que uma das faces do

proprio Deus dos theologos; ou trata-se de uma *rasão progressiva*, uma razão que se desenvolve, uma faculdade historica por conseguinte, e neste caso a questão quasi se reduz a uma logomachia, ou a uma falta de senso dos pobres racionalistas.

Por quanto a essa faculdade historica foi tão natural conceber as primeiras fórmas do direito, como *regras* de convivencia social, quão natural lhe foi, por exemplo, conceber tambem as primeiras fórmas de armas, o arco, a frecha, ou outra qualquer, como instrumentos de trabalho, como *utilidades*, como *meios* de vida. Onde é que está a differença?...

Entendamo-nos por tanto : não existe um direito natural, mas póde se dizer que ha uma lei natural do direito. Isto é tão simples, como se alguem dissesse : não existe uma linguagem natural, mas existe uma lei natural da linguagem ; não ha uma industria natural, mas ha uma lei natural da industria ; não ha uma arte natural, mas ha uma lei natural da arte.

São verdades estas, que qualquer espirito intelligente comprehende sem esforço, no sentido de que, perante a natureza, não ha lingua nem grammatica, não ha *simitico* nem *indogermanico*; o homem não falla, nem fallou ainda lingua alguma, não exerce industria, nem cultiva arte de qualquer especie, que a natureza lhe houvesse ensinado. Tudo é producto delle mesmo, do seu trabalho, da sua actividade.

Entretanto, a observação historica e ethnologica attesta o seguinte facto : todos os povos que atravessaram os primeiros, os mais rudes estadios do desenvolvimento humano, têm o uso da linguagem ; todos procuram meios de satisfazer ás suas necessidades, o que dá nascimento a uma industria ; todos emfim são artifices das armas com que caçam e pelejam, dos vasos em que comem e bebem, dos aprestos com que se adornam, e até dos tumulos em que descançam.

Particularmente a *ceramica*, a arte do oleiro, offerece neste ponto um precioso ensinamento. Encontram-se *vasos* por toda parte : nos miseros tapumes que construem os indigenas da Australia, para os protegerem

contra os ventos do mar, assim como nas choças dos Cafres e Betjuanos, e nos *wigwams* dos selvagens da America do norte. Encontram-se vasos nas habitações dos primeiros incolas da Grecia, da Italia e da Allemanha, bem como nas dos antigos americanos e nas dos asiátas. (10)

Sim, encontram-se vasos por toda parte : sobre a mesa dos sabios, na toilette das damas, nas choupanas, nos templos, nos palacios, em todas as phases da cultura, desde a bilha de Rebecca até ao lindo frasquinho crystal, ou o ovoide de prata, que entorna pingos de essencia no seio da moça hodierna.

Como se vê, são phenomenos repetidos, que, submettendo-se ao processo logico da inducção, levam o observador a unifical-os sob o conceito de uma lei, tão natural, como são todas as outras que se concebem para explicar a constante repetição de factos do mundo physico.

Assim se póde fallar de uma lei natural da *industria*, ou de uma lei natural do *fabrico de vasos*, ou de uma lei natural do *uso do fogo*, tendo sómente em vista a generalidade do phenomeno, em os primeiros momentos da evolução cultural e nos mais separados pontos de habilitação da familia humana, do mesmo modo que se falla de uma lei natural da queda dos corpos, ou do nivelamento das aguas.

Mas nunca veio ao espirito de ninguem a singular ideia de uma industria, uma ceramica, uma arte *natural*, significando um complexo de preceitos, impostos pela razão, ou inspirados por Deus, para regularem as acções do homem, no modo de exercer o seu trabalho ou de fabricar os seus vasos, ou de construir os seus artefactos. Seria esta uma ideia súpinamente ridicula.

E' isto mesmo porém o que se dá com relação ao direito. Como phenomeno geral, que se encontra em todas as posições da humanidade, desde as mais infimas até ás mais elevadas, em fórma de regras de conducta e convivencia social, o direito assume realmente o caracter de

(10) Gustav Klemm— *Westermann's Monatshefte*—VI—259.

uma lei. Mas esta lei, que se póde tambem qualificar de *natural*, não é diversa das outras mencionadas.

Se o direito é um *systema de regras*, não o é menos qualquer mister, qualquer arte, ou qualquer industria humana. Se as regras do direito são *descobertas pela razão*, não deixam de ser tambem oriundas da mesma fonte as normas dirigentes da actividade do homem em outro qualquer dominio.

A razão que entra na formação de um codigo de leis, ainda que seja perfeito e acabado como o *Corpus juris civilis*, é a mesma, exectamente a mesma, que assiste ao delineamento de um edificio, ou á confecção de um *par de sapatos*. Dizer por tanto que o direito é um conjuncto de regras, descobertas pela razão, importa simplesmente uma tolice, visto que se dá como caracteristico exclusivo das normas de direito, o que é commum á totalidade das regras da vida social.

Assim, para limitar-nos a poucos exemplos, a *civilidade* tem regras; quem as descobrio? A *dança* tem regras; quem as descobrio? Não ha arte que não as tenha; quem as descobrio? Ninguem ousará negar a presença da razão em todas ellas; mas tambem ninguem ousará affirmar que haja um conceito *á priori* da civilidade, nem um conceito *á priori* da dança, ou de outra qualquer arte. De onde vem, pois, o *apriorismo* do direito?

A pergunta é seria. Uma razão que, por si só, sem o auxilio da observação, sem os dados experimentaes, é incapaz de conceber a mais simples regra *technica*, é incapaz de elevar-se á concepção, por exemplo, de uma norma geral de fabricar *bons vinhos*, ou de preparar *bons acepipes*, como póde tal razão ter capacidade bastante para tirar de si mesma, unicamente de si, todos os principios da vida juridica?

Um velho penalista allemão, Franz Rossirt, ainda sob a influencia da philosophia kantesca, deturpada em mais de um ponto e exagerada pelos epigonos, inclusive o krausista Ahrens, ousa perguntar com certo ar de triumpho: Se não existisse um direito natural, onde poder-se-hia encontrar o meio de *comparação* e julgamento dos diversos phenomenos do direito positivo?...

Mas a resposta é facillima. E primeiro convém notar que o illustre criminalista presuppoz a existencia de uma cousa, que de facto não existia em seu tempo, nem existe ainda hoje, isto é, o *direito comparado*, de cuja construcção scientifica o maior embaraço tem sido mesmo a theoria esteril do direito natural.

Admittamos entretanto, por hypothese, a existencia delle. Que prova isso? Nada. Todos sabemos que ha, por exemplo, uma linguistica *comparada*. E' deductivel dahi o conceito de uma lingua *natural*, como *meio de comparação*?

A anatomia *comparada*, a mythologia *comparada*, a litteratura *comparada*, são ramos scientificos, florescentes e adiantados. Quem foi, porém, que já sentio necessidade do presupposto de uma litteratura, uma mythologia, uma anatomia *natural*?

E' preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das fórmas da historia da civilisação.

Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anachronicas, estão fóra de seu tempo. Se elles possuissem ideias mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam a tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita.

Como tudo que é produzido pela phantasia dos povos, ou pela razão mal educada dos espiritos directores de uma época determinada, como a *alma*, como *Deus*, como o *diabo* mesmo, do qual já houve em nossos dias quem se aventurasse a escrever a *chronica*, o *direito natural* tambem tem a sua historia. Não é aqui logar proprio de apreciar o processo da formação desse conceito, desde o seu primeiro momento na antiga philosophia grega; mas podemos estudal-o entre os romanos, cujo alto senso juridico é uma garantia em favor dos resultados da nossa apreciação.

V

Antes de tudo, é um facto incontestavel que a ideia de um direito natural foi inteiramente estranha aos romanos, durante muitos seculos. Como todas as nações da antiguidade, Roma partio, em seu desenvolvimento politico, do principio da exclusividade nacional, em todas as relações sociaes.

Mas pouco a pouco, e á medida que o povo romano foi se pondo em contacto com outros povos, abrio-se caminho a uma nova intuição opposta áquellas tendencias de exclusivismo nacional, e como resultado dessa intuição appareceu na esphera juridico-privada o conceito do *jus gentium*.

O velho direito romano, o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma especie de muralha inaccessivel ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existencia do grande povo, e fez-se então preciso dar entrada a novos elementos de vida. A ideia do *jus gentium* foi o primeiro passo para uma *desnacionalisação* do direito. A exigencia fundamental do *jus civile* fazia depender da *civitas romana* a participação de suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia aguentar o edificio politico de um povo guerreiro e conquistador.

Mas essa base alargou-se, e em vez da *civitas*, o senso pratico de Roma lançou mão do principio da *libertas*, como fundamento da sua nova vida juridica. Já não era preciso ser cidadão romano, bastava ser *homem livre*, para gozar das franquias e proventos do direito.

Não ficou, porém, ahi. A cultura romana, tornando-se cultura greco-latina, pela invasão e influencia do hellenismo, cuja mais alta expressão foi a philosophia, recebeu em seu seio um grande numero de ideias então correntes sobre a velha trilogia : Deus, o homem e a natureza. Este ultimo conceito principalmente mostrou-se de uma elasticidade admiravel. A philosophia de Cicero lhe deu feições diversas. Não só a *natura*, mas tambem a *lex*

naturæ, a *lex naturalis*, a *ratio naturalis*, a *ratio naturæ*, representam nos seus escriptos um importante papel.

Nas obras dos juristas posteriores estas *phrases* assumiram proporções assustadoras. Na falta de outro fundamento, a *natura* era o ultimo refugio de qualquer explicação philosophica. Não deixa até de produzir actualmente uma certa impressão comica o serio inalteravel, com que grandes jurisconsultos faziam as despezas de suas desmonstrações, só á custa de uma chamada *ratio naturalis*.

Nada mais simples, por tanto, do que a marcha evolutiva do direito, mediante o influxo da philosophia, dar ainda um passo adiante e construir mais amplas doutrinas, tomando por base o conceito da *natura hominis*, d'onde originou-se o *jus naturale*, não sómente applicavel aos homens livres, mas aos homens em geral.

Era a ultima fórma da intuição juridica do povo-rei. Era um direito novo, sem duvida, mas tambem um *direito de escravos*. E por uma dessas notaveis coincidencias da historia, esse *direito dos pobres*, dos *miseros* de todo genero, apparecia ao mesmo tempo que começava a ganhar terreno a *religião dos desvalidos*.

Tudo isto porém foi resultado do espirito particular de uma época. A *desnacionalisação* do direito, começada com a ideia dos *jus gentium* e concluida com a do *jus naturale*, foi apenas apparente. A *grande naturalisação* de Caracalla, ou concessão da *civitas* a todos os habitantes do imperio, fez que os dominios deste coincidissem com os do mundo culto de então. A humanidade formava, segundo a phrase de Prudencio, *ex alternis gentibus una propago*. O direito romano era direito humano. Os principios do *jus naturale*, como um direito, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, tiveram um valor pratico. A grandeza e unidade do imperio suscitaram a ideia de uma *societas humana*, á qual se applicassem esses mesmos principios.

A illusão era desculpavel. O que porém não merece desculpa é a cegueira de certos espiritos que, virando as costas á historia e desprezando o seu testemunho, insistem na antiga e erronea doutrina de um *direito natural*.

Com effeito, na época de Darwin, ainda haver quem tome ao sério a concepção metaphysica de um *direito absoluto*, independente do homem; ainda haver quem tome ao serio os chamados eternos principios do *justo*, do *moral*, do *bom*, do *bello*, e outros muitos *adjectivos substantivados* que faziam as despezas da sciencia dos nossos avós, é realmente um espectaculo lastimavel.

Nós temos a infelicidade de assistir a esse espectaculo. A' despeito de todos os reclamos do espirito philosophico moderno, os homens da *justiça absoluta* e dos *direitos innatos* ainda ousam erguer a voz em defeza das suas theorias. E ninguem ha que os convença da caducidade d'ellas. E' tarefa que só ao tempo incumbe desempenhar.

Nem nós outros, que os combatemos, aspiramos a tal gloria: assim como não queremos, digamol-o francamente, não queremos que se nos tenha em conta de innovadores. A negação de um direito natural é coéva da these que primeiro o affirmou. Seria um phenomeno historico bem singular que, havendo em todos os tempos cabeças desabusadas protestado contra as aberrações da especulação philosophica, sómente a ouca theoria do direito natural nunca tivesse encontrado barreira. Esse phenomeno não se deu.

Já na Grecia, entre outros, Archelau, um joven contemporaneo de Heraclito, havia contestado a procedencia divina das leis humanas. Particularmente Carneades, o sceptico de genio, negou a existencia de um direito natural, e reconheceu sómente como direito o direito positivo. *Jus civile est aliquod, naturale nullum.* Este seu principio corresponde exactamente á intuição dos nossos dias.

Mas a questão não está em saber se já houve na antiguidade quem contradissesse a doutrina de um direito estabelecido pela natureza. O que deve hoje ser tomado em consideração, é o modo de demonstrar a invalidade dessa mesma doutrina, são os novos argumentos deduzidos contra ella; e isto basta para legitimar as pretenções da theoria hodierna.

Prosigamos na historia. Depois da queda do imperio romano, e durante o longo periodo medieval, a ideia do

direito, que não fôra de todo absorvida pela ideia religiosa, não sahiu do terreno positivo ; não se implumou de sonhos e phantasias, para voar em busca das *leis eternas e absolutas.*

E' a razão porque a escola dos glossadores e seus epigonos prestaram á sciencia juridica valiosissimos serviços, que ainda hoje se fazem sentir e apreciar. Elles não tiveram outro conceito do direito natural, se não o que encontraram nas fontes romanas, conceito este, de que aliás não abusaram, como os seus mestres e predecessores.

Permaneceram assim as cousas até ao seculo XVII. Foi então que surgiu na Hollanda a sciencia do direito internacional. Cheios de admiração, os mais nobres vultos do tempo, um Gustavo Adolpho, um Milton, saudaram Grotius como o primeiro annunciador da ideia, em um mundo de violencias e mentiras. (11)

E assim como outr'ora os juristas romanos, do vago conceito do seu *jus gentium*, chegaram ao do *jus naturale*, ainda mais vago e indeterminado, assim tambem o hollandez se deixou levar mais adiante pela consequencia do pensamento. Com o *direito internacional* nasceu simultaneamente o *direito natural.*

« Systematisando velhas ideias, diz Treitschke, que desde o tempo de Luthero fermentavam no mundo protestante, procurou Grotius derivar da razão, da natureza social do homem, leis immutaveis da sociedade e do Estado.

« Actualmente mesmo, que nos achamos, ha muito, desembaraçados do jugo de taes doutrinas, ao direito natural deve caber a gloria indisputavel de haver se levantado no seu terreno todo o trabalho politico-especulativo de dois ricos seculos... Desde Grotius até

---

(11) O enthusiasmo de Milton se manifestou até em utilisar-se para o seu *Paraiso Perdido,* de varias passagens do *Adamus exul* de Grotius, tragedia escripta em jambicos latinos. Entre outros, o bello verso de Milton:—*Better to reign in hell than serve in heav'n,* — é uma traducção dos dous seguintes de Grotius:

Alto prœesse Tartaro siquidem juvat,
Cœlis quam in ipsis servé obire munia.

Wicquefort, o velho conhecedor dos usos diplomaticos, foram os hollandezes que fallaram mais alto na publicistica internacional ; e quando a força da republica começou a decahir, a opinião do *marititimista* Bynkershoek e dos juristas de Leyden ainda era ouvida com respeito... » (12)

Estas palavras do notabilissimo escriptor allemão pareceram-me aproveitaveis, não só pelo que encerram de instructivo sobre a moderna genese do direito natural, como tambem por aquella importante asserção de « acharmo-nos hoje desembaraçados do jugo de taes doutrinas. » Infelizmente o *nós* de Treitschke só é perfeitamente applicavel á Allemanha, porém as suas palavras me auxiliam na lucta que encetei contra essa velha theoria, como ella ainda hoje entre nós é comprehendida e ensinada.

As ideias de Grotius, commungadas por Puffendorf, Thomasius e Leibnitz, estenderam-se até ao fim do seculo XVIII, quando a influencia de Kant, combinada com a de Rousseau, forneceu um novo apoio á concepção racional do direito.

Neste ponto, são dignos de reconhecimento os serviços prestados pela theoria, menos dentro do seu proprio dominio, é verdade, do que fóra delle. Assim, não é facilmente admissivel que sem aquelles dois antecedentes, Schiller tivesse escripto versos como estes do *Guilherme Tel* :

Wenn der Gedrueckte nirgends Recht kann finden,
Wenn unertraeglich wird die Last, greift er
Hinauf getrosten Muthes in den Himmmel
Und holt heruntur seine ew' gens Rechte,
Die droben hangen unveraeusserlich
Und unzerbrechlich wie die Stern selbst...

« Quando o opprimido não pode em parte alguma achar protecção, quando o peso se lhe torna insupportavel então elle ergue-se corajoso até ao céu, donde faz

(12) *Historische und politische Aufsaetze*—II—pag. 172.

descerem os eternos direitos, que lá pendem inalienaveis e inquebrantaveis, como as estrellas mesmas.»

Isto é bonito e admiravel, sem duvida, mas sómente como poesia. Se é certo, como eu já o disse uma vez, que a verdade não é a unica medida das cousas, não é menos certo que a belleza dellas, ainda que sejam versos de Schiller, não é uma garantia sufficiente da verdade que possam conter.

Assim como o *jus naturale* dos romanos não teve outra melhor missão, se não a de ser um *direito de escravos*, da mesma forma o direito natural dos modernos nunca foi mais do que um *direito de opprimidos*, um desabafo, um *pis aller* dos precitos e malaventurados.

O grande merito da escola historica está em ter posto um dique a essa phantastica racional dos direitos absolutos e immutaveis, reduzindo o direito em geral ás proporções de uma cousa, que nasce, cresce e se desenvolve como qualquer producto da natureza. A sua parte de erro consiste em que ella não deu conta bastante dos factores sociaes no processo secular de estratificação juridica; o seu erro consiste em que ella, apezar de proclamar-se *historica*, não estudou devidamente a *historicidade* do direito.

A philosophia de Hegel commetteu, entre outros, o grave peccado de estagnar a corrente da escola historica e soltar de novo as redeas á razão indisciplinada. Desde 1818, anno em que Hegel succedeu a Fichte na cadeira de philosophia, até aos nossos dias, tudo o que de mais sério se ha pensado e escripto, com relação á origem e natureza do direito, pode-se dizer que são variações em tons diversos, mas todas sobre o mesmo thema, sciente ou inscientemente, da *ideia* hegeliana.

Porém é de notar, que a tal respeito, não hauriu-se do hegelianismo o que elle tinha de mais proveitoso.

R. Haym, criticando o autor das *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, disse que desde Kant deixára de existir a metaphysica especulativa, ficando de pé a metaphysica ethica; Hegel, porém, fez o contrario: acabou com a ethica deixando ficar a especulativa. (13)

---

(43) *Hegel und seine Zeit*—pag. 367.

Não sei onde está o fundamento de semelhante critica. Tanto uma, como outra, quer a metaphysica especulativa, quer a ethica, são achaques do espirito pensante; se curaveis ou incuraveis, é questão á parte; mas em todo caso dous vicios, dos quaes não se concebe que um nobilite e outro desabone a quem os tem.

Ao envez do que succedêra con Kant, a doutrina ethica de Hegel não foi bem comprehendida e muito menos acceita. Os philosophos posteriores, ou fôssem seus adeptos, ou seus adversarios, recorreram de preferencia aos thesouros, tão inexhauriveis, quanto inuteis da sua metaphysica especulativa.

Trendelenburg, sobretudo, que occupou o logar de Hegel na universidade de Berlim, e que foi durante o seu tempo, na opinião de Juliano Schmidt, a primeira cadeira de philosophia da Allemanha, ainda veio levantar mais escuma com o seu *Naturrecht auf dem Grund der Ethik*. (1860)

Para elle o Estado é um organismo ethico, e o direito a sua lei immanente, que deve ser realisada pela livre deliberação dos seus membros. A coacção não é um caracteristico essencial constitutivo do direito, pois o contrario seria fazer do mal o seu presupposto, deixando-se desta arte de derivar o Estado e o mesmo direito da *essencia do ethico* (*aus dem Wesen des Ethischen*), e explicando-se um e outro, não pela natureza ideial, mas pela natureza corrompida do homem. (14)

Mas o que é esse *ethico* de cuja *essencia* deriva o direito, o que é esse *adjectivo substantivado*, que vem explicar os institutos juridicos, elle que aliás tambem precisa de explicação? Trendelenburg não o disse, como não o disseram os seus discipulos e sectarios.

Todas estas construcções especulativas, sem base experimental, sem o minimo respeito á realidade dos factos, inclusive a propria doutrina ethico-juridica de Schopenhauer, menos phantastica, porem ainda erronea, não é uma hyperbole affirmar que desappareceram

(14) *Naturrecht*, etc. § 93 e seguintes.

como fumo, diante da revolução operada pelo professor von Ihering.

O novo momento, que elle addicionou ao velho conceito juridico, o momento darwinico da *lucta*, é tanto mais digno de apreciação, quanto é certo que philosophos allemães de alta nomeada, como que antecipadamente, já o tinham contestado. Herbart e Hartenstein, por exemplo, estabeleceram como principio do direito o desprazer da *contenda* e a exigencia que dahi resulta para os proprios contendores, de firmar e reconhecer uma regra, cuja prosecução tem por fim evitar a lucta mesma. (15)

Mas releva ponderar que o sabio professor de Goettinge não foi bastante rigoroso na parte aggressiva da sua theoria. Elle não quiz entregar-se á destruição das velhas ideias com o mesmo empenho com que tratou de construir as novas. Debalde procurar-se-ha nos seus livros uma refutação directa e detalhada do *direito natural*; pelo contrario elle chega ás vezes a fazer-lhe concessões, que podem lançar uma certa perplexidade no espirito do leitor.

Esta critica, pouco desenvolvida pelo nosso autor, é a tarefa que tomei sobre mim, como é tambem, desculpem-me a vaidade, a parte nova e original do meu trabalho.

VI

Dizer, como já por vezes tenho dito, que o direito é um producto da cultura humana importa negar que elle seja, segundo ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus posthumos sectarios, uma entidade metaphysica, anterior e superior ao homem.

Semelhante proposição, como se vê, é menos uma these do que uma antithese; ella oppõe á velha theoria, visionaria e palavrosa, do chamado *direito natural*, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte

---

(15) Herbart— *Analytische Beleuchtung des Naturrechts* (1836). pag. 13, 62. 89.—Hartenstein—*Grundbegriffe der ethischen Wissenschaften* (1844), pag. 197.

commum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento historico.

Faz-se, porém, preciso deixar logo estabelecido, o que se deve entender por *cultura*, em que consiste o processo *cultural*.

Antes de tudo: o conceito da *cultura* é mais amplo que o da *civilisação*. Um povo civilisado não é ainda *ipso facto* um povo culto. A civilisação se caracterisa por traços, que representam mais o lado exterior do que o lado intimo da cultura.

Assim ninguem contestará, por exemplo, aos russos, aos turcos mesmos, a muitos outros povos do globo, relativamente florescentes, o nome de *civilisados*. Elles têm mais ou menos ordenadas as relações da sua vida publica; possuem, pela mór parte, constituições e parlamentos; aproveitam-se dos progressos da sciencia, da technica e da industria moderna; seus altos circulos sociaes fallam diversas linguas, leem obras estrangeiras, vestem-se conforme a moda novissima de Pariz, comem e bebem, segundo todas as regras da polidez. Porém, não são *povos cultos*.

Estas ultimas ideias, que me parecem exactas, pedi-as a Christiniano Muff, um escriptor allemão, mas allemão insuspeito para os espiritos devotos, por ser um dos que trazem sempre na bocca o nome de Deus. Já se vê que o conceito da cultura é muito mais largo e comprehensivo do que se póde á primeira vista suppôr. Sem uma transformação de dentro para fóra, sem uma substituição da selvageria do homem *natural* pela nobreza do homem *social*, não ha propriamente *cultura*.

Quando, pois, affirmo que o direito é um fructo da cultura humana, é só no intuito de consideral-o um effeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade; processo que começou com o homem, que ha de acabar sómente com elle, e que aliás não se distingue do processo mesmo da historia.

Determinemos melhor o conceito da cultura. O estado originario das cousas, o estado em que ellas se acham depois do seu nascimento, em quanto uma força estranha,

a força espiritual do homem, com a sua intelligencia e a sua vontade, não influe sobre ellas, e não as modifica, esse estado se designa pelo nome geral de *natureza.*

A extensão desta ideia é constituida por todos os phenomenos do mundo, apreciados em si mesmos, conforme elles resultam das causas que os produzem, e o seu caracteristico essencial é que a *natureza* se desenvolve segundo leis determinadas e forças que lhe são immanentes; não se afeiçôa de accôrdo com fins humanos. Quando isto, porém, acontece, quando o homem intelligente e activo põe a mão em um objecto do mundo externo, para adaptal-o a uma ideia superior, muda-se o estado desse objecto, e elle deixa de ser *simples natureza.*

E'assim que se costuma fallar de riquezas *naturaes*, de productos *naturaes*, significando alguma cousa de exterior e independente do trabalho humano. Mas o terreno em que se lança a bôa semente, a planta que a mão do jardineiro nobilita, o animal que o homem adestra e submette a seu serviço, todos experimentam um cultivo ou *cultura* refreadora da indisciplina e selvageria natural. A *cultura* é, pois, antithese da *natureza*, no tanto quanto ella importa uma mudança do *natural*, no intuito de fazel-o bello e bom.

Esta actividade nobilitante tem sobretudo applicação ao homem. Desde o momento em que elle põe em si mesmo e nos outros, sciente e conscientemente, a sua mão aperfeiçoadora, começa tambem a abolir o estado de natureza, então apparecem os primeiros rudimentos da vida cultural.

Vêm aqui muito a proposito as seguintes palavras de Julio Froebel: «A cultura em opposição á natureza é o processo geral da vida, apreciado, não segundo a relação de *causa e effeito*, mas segundo a de *meio e fim*. Ella é o desenvolvimento vital, pensado como *alvo*, e até onde chegam os meios humanos, tratados tambem como *alvo* ; é a vida mesma considerada no ponto de vista da *finalidade*, como a natureza é a vida considerada no ponto de vista da *causalidade*.»

Eis ahi. No immenso machinismo humano, o direito figura tambem, por assim dizer, como uma das peças de

torcer e *ageitar*, em proveito da sociedade,o homem da natureza.

Elle é, pois, antes de tudo uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa do seus membros, como meio de attingir o fim supremo, e o direito só tem este, da convivencia harmonica de todos os associados.

Mas esta concepção do direito, como um resultado da cultura, como uma especie de *politica da força*, que se restringe e modifica, em nome sómente da sua propria vantagem; este modo de concebel-o, não como um presente divino, mas como um invento, um artefacto, um producto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo, esta concepção, repito, ainda conta presentemente decididos adversarios.

São aquelles que, viciados por uma pessima educação philosophica, habituaram-se a ver no *direito* e na *força* duas cousas de origem inteiramente diversa, ou dous poderes, como Arihman e Ormuzd, que disputam entre si o primado sobre a terra ; quando a verdade é que o pio Ormuzd do direito e o fero Arihman da força constituem um mesmo ser ; Ormuzd não é mais do que Arihman nobilitado. Disse-o Rudolf von Ihering.

E é digno de ponderar-se : os sectarios de um direito, *filho do céo*, ou *obra da natureza*, os que não podem comprehender que o homem tenha podido forjar a sua propria cadêa, creando regras de convivencia social, estam no mesmo pé de simplicidade e lastimavel pobreza de espirito, em que se acha o povo ignorante, quando attribue a causas divinas muita cousa que a final se verifica ser effeito de causas humanas.

Um exemplo basta para confirmal-o. E' sabido como ainda hoje, nas intimas camadas da rudeza popular, mantem-se a velha crença nas *pedras do trovão* ou *corisco*, que se entranham pela terra *sete braças* e no fim de *sete annos* voltam á superficie, onde é feliz quem as encontra, por que tem nellas um talisman inestimavel.

Entretanto, o progresso dos estudos prehistoricos já chegou a estabelecer como verdade incontestavel que essas pedras são instrumentos de que serviram-se os

homens primitivos. Ainda no começo do seculo passado (1731), quando Madhuel, na academia de Pariz, attribuiu-lhes tal procedencia, foi objecto de escarneo publico. Mas de que se tratava então?... Não era de dar uma origem humana áquillo que se suppunha, sem excepção dos proprios sabios da época, *formado nas nuvens e cahido do céo?*... Que differença ha pois entre este e o actual espectaculo em relação ao direito, que o rebanho dos doutores ainda tem na conta de uma ordenação divina?... O futuro responderá. Bem entendido: o futuro para nós, visto como em outros paizes já o futuro é presente.

Accommodam-se de todo a este assumpto, por que nascidas do mesmo pensamento, umas palavras que proferi em abril de 1883, n'um acto solemne de collação de gráo doutoral.

«E' preciso levar a convicção ao animo dos opiniaticos.

Não se crava o ferro no amago do madeiro com uma só pancada de martello.

E' mister bater, bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céo, é simplesmente um phenomeno historico, um producto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco:* — a serpe que não devóra a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a propria força...

Assim como, de todos os modos possiveis de abreviar o caminho entre dous pontos dados, a linha recta é o melhor; assim como, de todos os modos imaginaveis de um corpo gyrar em torno de outro corpo, o circulo é o mais regular; assim tambem, de todos os modos possiveis de coexistencia humana, o direito é o melhor modo.

Tal é a concepção que está de accôrdo com a intuição monistica do mundo. Perante a consciencia moderna, o direito é um *modus vivendi*; é a pacificação do antagonismo das forças sociaes, da mesma fórma que, perante

o telescopio moderno, os systemas planetarios são tratados de paz entre as estrellas...» (16)

Convençamo-nos por tanto: o direito é uma creação humana ; é um dos modos da vida social, a vida pela coacção, até onde não é possivel a vida pelo amor ; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existencia do direito são uma consequencia da imperfeição do nosso estado. O seu melhor conceito scientifico é o que ensina o grande mestre de Göttinge: — « conjuncto de condições existenciaes da sociedade *coactivamente* asseguradas. » Se ao epitheto *existenciaes* addiccionarmos *evolucionaes*, pois que a sociedade não quer sómente *existir*, mas tambem *desenvolver-se*, teremos a mais justa concepção e definição do direito.

Não se trata ahi de um juizo synthetico *á priori*, como eram as definições do velho racionalismo, porém de um synthetico *a posteriori*, um filho da experiencia, um resultado da inducção.

De mais, os chamados juizos syntheticos *a priori*, só o são para o individuo; perante a humanidade, a quem se podem applicar as palavras do propheta: *mille anni tanquam dies*, é hoje liquido e incontroverso o *aposteriorismo* de todos elles.

Do espirito humano, em mais de um assumpto, póde-se dizer o que diziam de Guizot, segundo refere Sainte Beuve: — *ce qu'il avait appris ce matin, il avait l'air de le savoir de toute éternité*. O que ha cinco ou seis mil annos, que do ponto de vista universal equivalem a um *ce matin*, elle aprendeu pouco a pouco, juntando peça por peça, hoje parece que sempre soube, que já veio ao mundo sabendo. E' uma illusão de optica racional, tão explicavel como as illusões da vista ; o que importa, é não tomal-a ao serio, como se fosse uma realidade, para construir sobre ella qualquer theoria scientifica.

---

(16) Estas palavras valeram-me então uma série de descomposturas pela imprensa; descomposturas applaudidas e até fomentadas por collegas meus, lentes da Faculdade, alguns dos quaes já querem hoje passar como iniciadores da *nova intuição*, por terem tomado um caminho diverso do de outr'ora, sem reconhecerem, ingratos ou inconscientes, que fui eu quem o abriu!...

VII

Uma vez concebido e definido o direito como o conjuncto de condições, o complexo de principios reguladores da vida social, coactivamente assegurados, ou estabelecidos e manejados pelo Estado, resta averiguar o que é e em que consiste a respectiva sciencia.

Antes de tudo, fique logo assentado que a sciencia juridica, bem como outro qualquer ramo do saber humano, não existe isolada. Na immensa cadeia de conhecimentos, logicamente organisados, que constituem as diversas sciencias, ella figura tambem como um élo distincto, occupa um lugar proprio, e tem a sua funcção especifica.

Isto posto, não lhe é indifferente saber de ante-mão o que seja esse mesmo homem, e qual a sua posição no seio da natureza. Porém para isso não ha mister de recapitular ideias que pertencem exclusivamente ao circulo das sciencias naturaes. E nós outros que reclamamos para o direito, como ramo scientifico especial, um caracter autonomico, seriamos contradictorios, se o quizessemos reduzir ás mesquinhas proporções de uma secção da zoologia e da botanica, fazendo depender o seu conhecimento do conhecimento da *céllula*, da morphologia e da physiologia *cellular*!...

Não é preciso remontar á época tão longiqua, indo além do periodo *pre-historico*, e entrando mesmo no periodo *prehumano* da evolução do mundo organico. O entroncamento do direito na anthropologia não impõe a necessidade de cavar até ás ultimas raizes. O contrario é cahir n'uma especie de *gnose juridica*, ou n'uma ôca *pantosophia*, que só poderia correr parelhas com a terrivel pantosophia sociologica.

O que importa principalmente é fazêl o entrar na corrente da *sciencia moderna*, resumindo-se, debaixo desta rubrica, os achados mais plausiveis da anthropologia *darwinica*. Isto não é sómente uma exigencia logica, é ainda uma necessidade real para o cultivo dessas materias. Por quanto nada ha de mais pernicioso ás

sciencias do que mantel-as inteiramente isoladas. O isolamento as esterilisa. Como diz um arguto proverbio allemão, *as arvores impedem de ver a floresta*, ou a demasiada concentração nos detalhes de uma especialidade rouba a vista geral do todo e apaga o sentimento da unidade scientifica.

Eis porque se torna preciso animar o direito, que já tem ares de sciencia morta, como a theologia ou a metaphysica de antigo estylo, pelo contacto com a sciencia viva, com a sciencia do tempo, com a ultima intuição dos espiritos superiores.

Entretanto, é possivel que se objecte: a que proposito elucidar aqui a posição do homem na natureza, se o direito nada tem que ver com o homem *natural*, mas sómente com o homem *social*, tal como elle se mostra aos olhos do historiador e do philosopho?

A resposta surge de prompto. Conforme o lugar conferido ao homem no meio dos outros seres, conforme o papel que se lhe distribue entre as especies animaes, o direito assume tambem uma feição differente.

Dest'arte, se ainda estamos em tempo de prestar ouvidos á velha philosophia dualista, que nunca passou de um commentario mal feito do *symbolo dos apostolos*; se ainda estamos em tempo de beber todos os nossos conhecimentos na covinha de pedra, onde bebem as aves do ceu e as almas dos santos, isto é, no mytho hebreu de uma creação divina do universo; em uma palavra, se o homem continúa á ser um *dioscuro*, o filho mais moço do creador e o rei da creação, então não ha duvida que o direito deve resentir-se dessa origem; a sciencia do direito deve encolher-se até tomar as dimensões de um capitulo da theologia.

Não ha meio termo. A controversia só tem hoje um sentido entre estes dous extremos: ou a creação natural, conforme a sciencia, ou a divina, conforme o *Genesis*; e os resultados não são os mesmos para quem toma um ou outro caminho.

Mas o homem é realmente um ser a parte, uma obra da mão de Deus? Ainda ha lugar para esta crença?... Um espirito serio só póde responder que não. Sobre tão

alta procedencia humana, eu tomo o partido de repetir as palavras de uma franceza intelligente: *on manque de renseignements.* E, como diz Schleiden, assim como no direito romano prevalecia o principio: *in dubio pro fisco,* —assim tambem nas sciencias deve valer a aurea regra: *in dubio pro lege naturali.* Emquanto pois o homem, este *fidalgo de hontem,* não sustentar com melhores dados as suas pretenções de celigena *pur sang,* ha boas razões de te-lo sómente em conta de um phenomeno natural, como outro qualquer.

E o homem do *direito* não é diverso do da *zoologia.* O *anthropocentrismo* é tão erroneo em um como em outro dominio. Admira mesmo que esta verdade ainda hoje precise abrir caminho a golpes de martello. Desde que dissipou-se a illusão *geocentrica,* desde que a terra, soberana e grande aos olhos de Ptolomeo, foi empalmada e comprimida pela mão de Copernico, até fazer-se do tamanho de um grão de areia, perdido no redomoinho dos systemas sideraes, a illusão *anthropocentrica* tornou-se indesculpavel.

De certo: com que fundamento póde o homem considerar-se o rei da natureza, se o planeta que elle habita, é tão insignificante na vastidão do universo? Se a terra poderia até desapparecer do concerto immenso dos corpos celestes, despercebida para muitos e sem a minima quebra da harmonia de todos, por que tambem não poderia o homem extinguir-se com o seu planeta, sem lançar a minima perturbação na ordem dos seres creados? Onde está pois a sua supremacia?

A vaidade ou o orgulho inspirou ao homem a singular ideia de ser o mais perfeito dos entes da terra. O certo porém é que elle é um animal disctinto e, como tal, não podendo ser comparado, nem mais perfeito, nem mais imperfeito do que o menor infusorio. Qual é pois a medida, segundo a qual elle gradua a escala da perfeição? Será por ventura a chamada *luz divina, faisca celeste,* e como quer que mais sôem as phrases do uso? Em grande numero de casos:

Er nennit's Vernumft und braucht's allein
Um thierischer als jedes Thier zu sein.

E' preciso atirar para o meio dos ferros velhos estas doutrinas que cheiram a incenso. A crença na origem divina do homem é um dos muitos residuos, que existem, dos primordios da cultura humana; é um *survival*, como diria Tylor, semelhante ao do *dominus tecum*, ainda hoje inconscientemente repetido, no ponto de vista antiquissimo dos que acreditavam que o *espirro* importava sempre a entrada de um *bom* ou a sahida de um *mau* espirito do corpo do individuo.

Sobre qual seja a sua verdadeira procedencia, as pesquizas modernas não são unanimes; mas isto não embaraça a marcha das sciencias, que têm base anthropologica, ás quaes só interessa deixar estabelecido que o homem não é « um anjo decahido, que se lembra do céu.»

Quanto á questão ardente da origem *pitheciana*, não é aqui lugar de aprecial-a. Em todo caso, penso com Schleiden que a indignação moral, com que muitas pessôas repellem qualquer parentesco da nossa especie com a dos macacos, é altamente comica. Resumem tudo a tal respeito as seguintes palavras de Claparéde :—« Je suis de l'avis qu'il vaut mieux être un singe perfectionné qu'un Adam dégéneré.» *Conclusum est contra manickœos*. Voltemos ao principio.

A vida do direito no seio da humanidade, diz Pessina, requer duas grandes condições para o seu aperfeiçoamento, isto é, a *arte* e a *sciencia*. Chronologicamente a arte antecede a sciencia, porém vai melhorando com o surgir e progredir da sciencia mesma, assim como na vida economica do genero humano, a arte transformadora da natureza precedeu o conhecimento scientifico dos phenomenos naturaes, para depois aproveitar-se das victorias alcançadas com o surgir e progredir de uma sciencia da natureza.

Quando se falla de uma sciencia do direito, nem é no sentido das vagas especulações, decoradas com o nome de philosophia, nem no sentido de um pequeno numero de ideias geraes, que alimentam e dirigem os juristas praticos. Aquella a que me refiro tem o cunho dos novos tempos; não consiste em saber de cór meia duzia de titulos do *Corpus juris*, e tão pouco em repetir alguns

capitulos de Ahrens, ou qualquer outro illustre fanfarrão da metaphysica juridica.

A sciencia do direito é uma sciencia de seres vivos; ella entra por conseguinte na categoria da *physiophylia* ou *phylogenia* das funcções vitaes. O methodo que lhe assenta é sobretudo o methodo *phylogenetico*, do qual diz Eduardo Strasburger ser o unico de valor e importancia para o estudo dos organismos viventes.

Quando Alexandre de Humboldt define a vida —*uma equação de condições*, — a definição é verdadeira, não só quanto á vida dos individuos, mas tambem quanto á dos povos. Ora entre as condições, cuja equação fórma a vida destes ultimos, o direito occupa um lugar distincto, pois elle é o conjuncto organico dessas mesmas condições, emquanto dependentes da actividade voluntaria e como taes asseguradas por meio da coacção.

A sciencia do direito vem a ser portanto o estudo methodico e systematisado de quaes sejam essas fórmas condicionaes, de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social ou o estado normal da vida publica.

Mas assim considerada, ella assume feição *historica e evolutiva*, apresentando dous unicos lados de observação e pesquiza. São os dous pontos de vista da *phylogenia* e da *ontogenia*, conforme se estuda a evolução do mesmo direito na humanidade em geral, ou nesta e naquella individualidade humana, singular ou collectiva.

Assim como existe, segundo Haeckel, uma *ontogenia glottica*, pelo que toca ao desenvolvimento linguistico do menino, e uma *phylogenia glottica*, relativamente ao mesmo desenvolvimento dado no genero humano, assim tambem se póde fallar de uma *ontogenia* e de uma *phylogenia juridica*.

Se é certo que a humanidade em seu começo tinha tão pouco o uso da linguagem, como ainda hoje a creança o tem, não deve haver duvida que, no dominio juridico, a *ontogenia* tambem seja uma repetição da *phylogenia*. A humanidade em seu principio não sentia nem sabia o que é direito, como não o sabe nem sente o menino dos nossos dias. O *alalismo* e o *adikaismo* são congeneres e coetaneos.

O desenvolvimento do senso juridico, bem como da ideia que o acompanha e illumina, tem se dado tambem segundo a lei da *herança e adaptação*. Assim como, de quadrupede que era, o homem passou a ser bipede, differenciando e aperfeiçoando as extremidades organicas, pelo habito do porte *recto*, a que o obrigou a necessidade de tocar e apprehender no alto os objectos de sua appetencia, porte *recto* esse, que foi se transmitttindo, capitalisado e augmentado, ás gerações posteriores, da mesma fórma, de feramente egoista e sanguinario, que a natureza o fizera, elle poude elevar-se pouco a pouco à altura de um ente social, pelo habito analogo de um *recto* procedimento, que igualmente o impelliu á necessidade de viver em harmonia com outros seres da especie, tão terriveis como elle, tão feroces e crueis. Esse primeiro proceder com *rectidão* foi tambem se traspassando sob a acção da mesma lei.

A constante repetição de actos assim determinados pelo interesse da vida commum, á medida que foram se organisando diversos grupos sociaes, deu origem á formação de um *costume*. E' este que domina ao principio toda a vida pratica dos associados. Elle torna-se *moralidade*, á proporção que a consciencia o reflecte, e é ao mesmo tempo emanação religiosa, em quanto passa por um preceito da divindade, que pune a sua violação.

Mas afinal o dominio do *costume* chega ao ponto de tornar-se insupportavel para o povo, que não lhe vota mais nenhum respeito, e então faz-se mister que se *escrevam leis*, em substituição dos costumes decahidos. O invento da *escriptura*, cuja alta importancia para a vida theoretica é de todo incontestavel, manifestou ainda mais cedo o seu immenso valor para a vida pratica dos povos. A applicação mais extensa, que primeiro d'ella se faz, é justamente na expressão e notação das leis.

Nos primordios culturaes, o *recto*, o *justo*, isto é, aquillo que era *conforme ao costume*, repousava só na consciencia do individuo. Elle tinha ahi uma vida simplesmente subjectiva, e achava um sustentaculo exterior sómente nas mais altas personagens, no pai, no rei, nos nobres; porém a lei *objectivou* o costume, deu-lhe de um

certo modo, por meio da escripta, uma existencia externa, fóra do espirito popular, ainda que, assim o exteriorisando, ella o tivesse mais ou menos subtrahido á consciencia immediata.

Considerando-se que o costume era ao mesmo tempo *religioso* e *moral*, é facil de ver que enorme transformação experimenta o espirito popular, com a passagem delle para a esphera da *lei*. E' quando tambem começa a apparecer, differenciada e distincta, uma concepção do direito.

Estas ultimas observações, que me parecem rasoaveis, tomei-as de Lazarus e Steinthal, no artigo introductorio de sua *Voelkerpsychologie*. E' um pedaço de *phylogenia* juridica, bem apto para dar a medida do valor e extensão de semelhante genero de estudo.

São tambem aqui dignas de mencionar-se umas palavras de Hermann Post sobre o mesmo assumpto. Elle diz : « Assim como o sol e seus planetas se mantém suspensos, e dest'arte produzem a ordem do systema solar; assim como os systemas solares se mantém suspensos, e deste modo produzem a ordem do systema da *via lactea*; assim como os atomos se mantém equilibrados nas moléculas e as moléculas nas cellulas ; assim como em todos os individuos morphologicos de ordem superior domina um laço organico, que põe todas as partes a serviço do *todo ;* assim tambem forma-se um laço organico semelhante, logo que individuos physiologicos são sobrepujados por organismos especificos. Este laço, o mesmo que obsta que no homem individual cada cellula obedeça á sua propria satisfação, no dominio da vida da especie, é o que chamamos *costume*...

« Pode-se distinguir um costume patriarchal, um costume do Estado, um costume da egreja, e um costume do commercio social. Entre estes dominios, o do costume do Estado é o que hoje de preferencia denomina-se *direito*, o qual podemos por isso designar como a expressão da lei da divisão do trabalho no mesmo Estado e nos seus suborganismos.

«E' certo que tambem os organismos patriarchaes, nos tempos em que os Estados ainda não se têm separado

com relação a elles, produzem um costume *coactivo*. Mas este ainda não constitue um dominio vital differenciado, em frente de outro qualquer costume.

« Quando se forma um Estado autonomo acima dos organismos patriarchaes, a producção do direito, na sua essencia, passa para elle, e uma parte do costume patriarchal separa-se então, como moral popular *incoactiva*, Só na tradição e no direito costumeiro é que esses organismos inferiores ainda apparecem como productores juridicos. Mas tambem aqui elles não são mais independentes em face do Estado, porém essa mesma tradição e direito costumeiro só tem vigor, emquanto o Estado os reconhece como taes e presta-lhes o seu apoio...

«Dest'arte o Estado chamou a si toda a producção e execução do direito... Elle mantém-se para com este, como o corpo humano para com os processos physiologicos que regulam a relação das cellulas e dos orgãos uns com outros e com a totalidade da pessoa do homem... » (17)

Eu commungo reverente todas estas ideias. Ha sómente a notar que nem Post, nem Lazarus e Steinthal adiantam muita cousa sobre a phylogenia das concepções juridicas. Elles nos instruem a respeito do processo evolutivo da physiologia e morphologia, mas bem pouco nos dizem quanto á génese historica da psychologia do direito. (18)

E' o grande merito de R. von Ihering ter aberto caminho a tal indagação. Para elle o direito é um phenomeno *finalistico*. A ideia de um *fim* ou de um *alvo* a attingir é a crêadora de todos os institutos juridicos, cujo valor não se determina pela verdade desta ou daquella these especulativa, mas sómente pela applicabilidade e conveniencia dos seus principios praticos.

---

(17) *Einleitung eine Naturwissenschaft des Rechts*, — pag. 17, 18, 19, 20 e 21.

(18) Para comprehender a justeza das vistas de Post, basta lembrar-se da Biblia, da historia do povo judeu, da vida e desenvolvimento das tribus, até á formação do Estado de Israel.

O desenvolvimento paleontologico do direito, ou a sua phylogenia, como vimos, começou de muito longe, e tanto de certo, que qualquer tentativa para ir mais além pode degenerar em phantasmagoria naturalistica, não menos improcedente do que a metaphysica, e acabar por fazer do mesmo direito alguma cousa de semelhante ao *paraizo terreal*, que não está no céo é verdade, mas tambem não se encontra na terra.

E' o que se dá com alguns dilettantes de infimo estylo, que, *hyperdarwinisando* o darwinismo, já querem descobrir instituições e organisações juridicas até nas colmêas, nos formigueiros e outras fórmas de actividade collectiva da vida puramente animal, e fazer começar de lá o periodo embryonario do direito.

Completa falta de senso scientifico. Por quanto, se a embryologia tem cabimento neste assumpto quer simples, quer figuradamente, deve em todo caso circumscrever-se dentro de certos limites. Ainda não veio ao espirito de embryologo nemhum estudar e apreciar as diversas phases da evolução fetal do homem por aquillo que se passa no ventre de uma besta gravida. O mesmo succede com a embryogenia do direito: não deve ser procurada fóra da humanidade.

A paleontologia linguistica, por exemplo, ainda não ousou chegar, até ao chilro das aves, o grito dos macacos, ou o zurrar dos asnos, como os primeiros esboços da linguagem humana. Assim tambem a paleontologia juridica não tem competencia para penetrar até *no reino das formigas*, sob pena de tornar-se redicula e desprezivel.

Eu fallei de dois modos unicos de indagação e pesquiza no presente assumpto: —*phylogenetico e ontogenetico* O primeiro ahi ficou delineado. Quanto á *ontogenia* limito-me a advertir que, tratando-se de individuo singular ella coincide em grande parte com a psychologia do direito de que já me occupei em outro estudo ; tratando-se porém de individuos collectivos, como grandes ou pequenos Estados, nações, povos, raças, basta-me repetir, para fazer comprehender a sua importancia, as seguintes palavras de Hermann Post:

« Logo que os direitos de todos os povos da terra forem reunidos e estudados no mesmo grau, em que o têm sido as suas linguas, a sciencia juridica será então capaz de despertar o interesse geral e nada mais se lhe notarà daquella conhecida aridez, de que ella ainda hoje se resente. » (19)

---

(19) O estudo do autor, em que elle depoz algumas noções sobre a psychologia do direito, e a que refere n'este escripto, é a *Introducção ao Estudo do Direito*, que abre este livro. (N. de S. R.)

XVI.

A organisação communal da Russia. (1)

Ha cerca de tres annos que se publica em S. Petersburgo uma *Revista* mensal, especialmente destinada a tornar sensivel para o estrangeiro a marcha progressiva, o largo irradiamento do imperio russo, sob o governo de Alexandre II. Esta *Revista*, escripta em allemão, e que tem por editor a Karl Röttger, se havia pronunciado com o designio de supprir uma lacuna ; « a qual de nenhum modo,como se lê na exposição de motivos do seu *Prospecto*, podia ser preenchida por meio da imprensa diaria que alli existe, mesmo nas linguas franceza e allemã. » Quero crer que as promessas do editor não se têm realisado com aquella exactidão, que era mais conforme ás esperanças do publico e ao bom destino de semelhante empreza. O compromisso de se nos darem *em artigos originaes, relatorios e traducções, noticias objectivas, authenticas sobre a vida social, politica, economia e espiritual de todas as partes do imperio*, ao que parece, ficou em meio caminho. Os nomes de Besobrasow (2), Osten-Sacken (3), Thorner (4) e alguns mais que foram mencionados como activos collaboradores, foram-no quasi só no intuito de despertar attenção e curiosidade. A litteratura russa, sobre tudo a bella litteratura, de que formamos uma ideia vantajosa, bebida em outras fontes, não tem de certo occupado na *Revista* o lugar que lhe compete, e assim lhe foi promettido.

---

(1) *Russische Revue*, 1874, 3. Heft, pags. 247 e seguintes. 5 Heft, 426 e seguintes.

(2) Membro da Academia das Sciencias de S. Petersburgo e um dos sabios, que em setembro do anno passado estiveram presentes á fundação do Instituto de Direito Internacional em Gand.

(3) Secretario da Imperial Sociedade Geographica.

(4) Membro do Conselho do Ministerio das Finanças.

Não obstante, é innegavel que o novo orgão da grande capital do slavismo exerce uma funcção distincta. Nem imaginem os meus leitores ter entre mãos uma futilidade do genero das que sobram no Rio de Janeiro. A côrte de Alexandre não é a côrte de Pedro II. A patria de Gogol e Ivan Turgeniew não é a patria de Macedo e Alencar. Sob o regimen do autocrata liberal, no curto espaço de 19 annos, brotou mil vezes mais vida, fez-se alli mil vezes mais luz, do que se ha podido aqui fazer em meio seculo de um chamado governo constitucional representativo. Bem sei que a opinião dominante no Brasil a respeito da Russia é ainda, em regra, a mesma que se tinha ao tempo da guerra da Criméa; opinião porém erronea, indesculpavel, sómente filha da nossa ignorancia politica, historica e litteraria. Releva contribuir, por qualquer modo, para a formação de melhor juizo. Pelo nobre empenho do actual czar, a Russia é menos temivel do que admiravel. A velha ideia de uma força immensa, que podia ameaçar a paz do mundo inteiro, já não entra em linha de conta. E oxalá aprendessemos nós outros, pobres infatuados, com a bocca cheia de *regimen livre e soberania nacional*, tudo o que tem a insinar-nos, de util e grandioso, o autocratico imperio do norte!...

I

Quando observo que a *Russische Revue* devia cumprir melhor a tarefa que se impoz, não tenho em vista dar a suppor fraqueza, e esterilidade em seu conteúdo. Póde isto apenas ser a expressão de um desejo particular, exagerado talvez, que não vi, segundo me affigurára, de todo satisfeito. Como quer que seja, o certo é que o motivo e a occasião do presente escripto me foram fornecidos pela proficua leitura de um dos seus artigos mais substanciaes.

E' um quadro historico da organisação communal, da vida e constituição das cidades, na Russia; um estudo do seu desenvolvimento, desde o tempo de Pedro

Grande até á ultima fórma recebida na nova organisação de 16 de junho de 1870. P. Schwanebach assigna-se o autor do pequeno esboço, a quem seria fazer um elogio banal e insignificante dizer que elle se distingue pela clareza e suavidade do estylo, pois este é sem duvida o menor dos seus merecimentos.

Comprehende-se que genero de interesse ligar-se póde a tal assumpto. Se a nossa vida publica tem necessidades, cuja satisfação é de direito reclamada, nenhuma dellas se nos mostra mais sensivel, mais urgente, do que a de dar-se um pouco mais de expansão e desenvolvimento ao municipio. Não é que eu pense, com os discipulos de uma escola de liberalismo francez, entre nós muito corrente, poder-se conseguir uma certa autonomia communal, sem voltar á idade média, isto é, sem o rompimento de laços, que já o *inconsciente* da historia tornou indissoluveis. Não é que pense, portanto, ser possivel completa reforma neste sentido; como não creio que, além do *provincialismo*, que se pretende em vão fortalecer e erigir á altura de um principio politico, tambem se possa crear o *munipalismo*, para fazer frente ás invasões do poder. (5) São projectos e tentativas de quem labora na mais profunda insciencia do nosso estado moral e das nossas condições sociaes e economicas.

Dizendo que no Brasil a vida municipal é geralmente acanhada e mesquinha, que ella ha mister de maior franqueza e liberdade de acção, apenas indico e estabeleço o facto; não determino-lhe as causas, ou a causa, se é que só uma existe, como entendem muitos: a vontade do governo. Este modo de explicar os phenomenos da ordem politica, pelo unico arbitrio de uma força, de um poder

(5) E' sabido que o Sr. Tavares Bastos escreveu um livro intitulado a *Provincia;* e ha muito corre a noticia de que elle se acha occupado com outra producção do mesmo genero, intitulada o *Municipio.* Quem nos escreverá a *Parochia* e o *Quarteirão?* E' pena que o Sr. Bastos não applique o seu espirito a trabalhos mais importantes e mais demonstrativos do seu talento, do que esses palavreados da guiza da *Provincia.* (O leitor não perca de vista que assim me exprimia, quando ainda era vivo o illustre alagoano. Como entendo que o *de mortuis nihil nisi bene* não tem applicação ao mundo litterario, maxime tratando-se de um immortal ainda que de uma immortalidade relativa, deixo sahir inalterada a nota de então.)

qualquer, individual ou collectivo, não tem valor perante a sciencia; e, todavia, é entre nós o mais usado e o mais comprehensivel. O imperador é um factor exclusivo: delle vem tudo, tudo se move segundo o seu querer. Explicação tão philosophica e rasoavel, como a dos gregos, attribuindo a origem dos ventos aos pulmões de Eólo ou de Boreas. As provincias não se engrandecem, os municipios não se desenvolvem, *porque* o Estado, isto é, o imperador assim quer. Os dias do inverno são mais curtos do que os do verão, *porque* Helios, ancioso de se atirar aos braços da sua amada, accelera os seus corceis a se immergirem no occeano. Em ambos os casos, a rasão é uma só, mythica e futil, que não demonstra nem esclarece cousa alguma. Em ambos os casos, é a imaginação posta a serviço da ignorancia; porém com esta differença: aqui poetica e elevada, alli prosaica e rasteira; aqui prestando azas, alli uma muleta.

O fim que viso, na apreciação do artigo indigitado, não é tornar conhecido dos meus leitores um novo systema de organisação municipal como modelo a seguir. Entrego esse trabalho aos politicos de officio. Se algum sentimento pretendo despertar, não é tanto a admiração da grandeza alheia, como a vergonha da miseria propria.

(Agosto de 1874.)

II

Nos seis annos decorridos depois que publiquei estas linhas de introducção ao estudo critico, que me propuzera escrever, sobre o trabalho de Schwanebach, a Russia tem sido theatro de mais de um acontecimento perigoso e assustador. As esperanças que se haviam ligado ao governo de Alexandre II foram pouco a pouco diminuindo de intensidade, e vendo-se frustradas acabaram por converter-se em outras tantas exigencias, opportunas e inopportunas, que obrigaram o filho de Nicolau a reatar o fio, que elle havia partido, da phylogenese politica do seu

paiz, e a ser simplesmente — *um czar*, como o foram os seus ascendentes.

Entretanto, as minhas ideias de então não passaram por modificação alguma. Insisto em crer que a *Russkaja Starina*, a Russia de Alexandre, ainda com todas as desvantagens inherentes a uma autocracia, que aliás não nos são extranhas, tem muito que offerecer ao estudo e admiração do Brasil constitucional; e não só no que é concernente á vida scientifica e litteraria, porém mesmo em assumpto de governo. Por mais paradoxal que esta ultima asserção possa soar aos ouvidos da santa gente, que se delicia na contemplação das *bôas intenções* do Sr. D. Pedro II, ouso exprimil-a sem a menor sombra de duvida. Entre o despotismo *liberalisante* de um autocrata e o liberalismo *despotisante* de um rei que *entôa e e não canta* ou que *reina e não governa*, eu não hesito em escolher o primeiro, até porque, quasi sempre, vem cercado de infelicidades.

Nem ha mais motivos de illusão a tal respeito. Nós não temos, é verdade, um governo que veja-se forçado a impor-se pelo terror, chamando em seu auxilio uma justiça que cavalga o *pallido corcel* da morte; mas tambem não temos homens que lancem a inquietitude e o desgosto no espirito do imperador. No momento em que no Brasil a *dynamite* se posesse a serviço da republica, nas mãos de homens impavidos e possessos da sua ideia, não nos enganemos, em qualquer dos nossos mais faceiros liberaes surgiria um Loris-Melikow, guardadas apenas as differenças de talento. Insisto pois na minha velha opinião: o governo do Nicolaiewitsch é mil vezes preferivel ao do Bourbon Bragança Hapsburgo, o qual de certo não expede *Prikas*, mas faz expedir *Avisos*; não dá ordem para sermos decepados, mas faz-nos, a meu ver, cousa peior: nos avilta e envergonha. Minha velha opinião, tanto mais arraigada, quanto não posso conceder ao imperador a pureza de intenções, que os proprios descontentes russos, como por exemplo A. Kocheleff (*Unsere Lage*), concedem ao seu monarcha. Só não lhe contesto um merito: é o de estragar-nos e entorpecernos por sua conta e risco, sem direcção espiritual de quem

quer que seja. E isto mesmo já eu disse mais alto, para ser ouvido por um publico menos conhecedor das nossas relações e ainda illudido a nosso respeito, por apparencias phantasticas. Na minha *Carta aberta á imprensa alleman* lê-se o seguinte : « D. Pedro pertence á classe d'aquellas naturezas, de que não se póde affirmar que tenham *les défauts de leurs vertus,* mas as virtudes dos seus defeitos. Accresce que essas virtudes se resumem no unico facto de deixar-se cercar de lacaios e ministros, que lhe são , em todos os pontos, muito inferiores. Se pelo que toca á politica, elle nos tem reduzido a uma especie de *corporação de mão morta,* é certo que para este fim não se fez instrumento de ninguem. Os males que diariamente, sacóde das mangas em cima do paiz, têm sido todos originados da sua propria inspiração. Elle é por conseguinte, segundo a realidade das cousas, um maligno autocrata, que certamente não caça nem gosta da guerra, mas em compensação philosópha, quer ser emulo dos sabios e representa de liberal. Oh! quando acabará semelhante farça? A farça, já um pouco usada, de um rei seriamente amante da liberdade, alguma cousa anti-natural e contradictorio, como um *pau de ferro* ou um *boi com azas,* para não fallar aqui com Castellar de um *deus atheu* ?... Que teria dito o astuto Metternich, elle, para quem um papa liberal assemelhava-se a uma larva, se tivesse testemunhado este novo quadro phantastico de um liberalismo regio ?... Um rei philosopho, um rei conhecedor das vaidades humanas, não é para mim uma cousa absurda ; pelo contrario, muito comprehensivel ; mas quer-me parecer que, em semelhante caso, o primeiro dever do Diogenes coroado seria o de renunciar ao throno e ao sceptro.» (6)

Eis ahi expresso, com toda a sinceridade, o meu modo de pensar, que ainda hoje é o mesmo. Esta ordem de observações, porém, que fez-me insensivelmente transpor os limites do assumpto principal, obriga-me a uma explicação. Eu dissera ao principio que a imputação de todas as desordens da nossa vida politica e social á vontade unica do

---

(6) *Ein offener Brief an die deustche Presse.*—1879.—pag. 37

imperador, é uma extravagancia, um tanto parecida com a maneira pueril, pela qual nos tempos mythologicos se attribuia o vento aos pulmões de Boreas. Dizendo agora que o imperador *autocratisa*, que elle nos arruina por sua conta e risco, não serei contradictorio? De maneira nenhuma. Não é que a contradicção, principalmente quando ella resulta da confrontação de escriptos de datas differentes, seja para mim um demerito; ao contrario, não poucas vezes, é uma prova, pelo menos, de franqueza e lealdade na emissão das ideias. Porém aqui o caso é outro: nem hei mister de recorrer a expedientes de defeza. Continuo a pensar, como outr'ora, que da falta de vida, por exemplo, da inanição politica dos nossos municipios, o imperador não tem a minima culpa, como elle tambem não é responsavel por mil phenomenos pathologicos do organismo social brasileiro. Não é elle quem manda aos cidadãos que não tenham civismo, como tambem não é elle quem faz que a *race moutonnière* dos *assucaro-e caféocratas* do paiz sotoponha ao interesse das suas safras toda a sorte de deveres e direitos que lhes assistem. (7)

Se a nossa vida intellectual é quasi nulla, se a instrucção publica é minima, o imperador tem bem pouca ou nenhuma parte em semelhante estado de cousas (8) Querer-se por tanto descobrir um nexo de causalidade entre elle e todas quantas anomalias acanham e entorpecem as nossas relações politicas e sociaes, anomalias que provém

---

(7) Os pedantes e puristas, *Was eigentlich eine Brut ist,* como diz J. Grimm, vão ter uma syncope ao ver a petulancia, com que escrevo *–assucaro-e caféocratas*. Um germanismo, uma cousa da lingua alleman, não é assim? Póde ser; mas não sei ainda o motivo, por que essa ou outra semelhante expressão deva ser prohibida em uma lingua onde se distribue com dous adverbios uma só terminação, dizendo v. g. *santa e bellamente, sublime e admiravelmente*, etc., etc., em uma lingua, onde se usa a cada passo da phrase *ob-e subrepticiamente,* sem causar escandalo a ninguem,

(8) A proposito de instrucção basta lembrar que o *Acto addicional* poz o seu desenvolvimento a cargo das provincias, sem dependencia do poder central; e, todavia, qual o progresso sensivel, que ella tem feito? Será por causa do *veto* imperial que até nas capitaes das provincias de primeira ordem não existem, por exemplo, estabelecimentos publicos de humanidades para o bello sexo? Ou, se isto é muito será pela mesma causa que, em materia de analphabetismo, temos a honra de emular com a devota Hespanha? Respondam os entendidos.

de um defeito do caracter nacional, é justamente o que chamo uma extravagancia, uma explicação mythologica dos factos. Alguma cousa de analogo ao modo vulgar de explicar o rapido estrago e acabamento de uma bella prostituta, não pela syphilis que agarrou-se-lhe ao sangue e aos ossos, mas pelas *rezas e feitiços* de sua cruel rival.

Por outro lado, porém, o quadro é mui diverso. No terreno das largas iniciativas, das grandes ideias a realisar, das questões ardentes a resolver, o imperador representa um importante papel e, como tal, é responsavel, não tanto pelo que *faz*, como pelo que *deixa de fazer*.

E note-se bem: não sou, em these, um sectario dos gevernos unos, dos governos entregues á direcção de um só homem; mas tambem não dou muita importancia ás promettidas venturas do constitucionalismo, que é uma especie de deismo politico, da mesma fórma que o deismo não passa de um constitucionalismo theologico; ambos provindos do mesmo espirito e, o que ainda não foi, que eu saiba, por outrem accentuado, ambos filhos da mesma terra. Não menos que um deus inerte, um rei inactivo é facilmente dispensavel, e, nesta presupposição, nada admira que o astronomo politico chegue a dizer de um, o que Laplace disse do outro: julgo superflua semelhante hypothese. Assim me parece que, uma vez admittida a parte de influencia que o monarcha deve exercer sobre a marcha dos negocios publicos, uma vez admittido que elle, a ter algum sentido, não deve reduzir-se, physiologicamente, ao triste mistér de um orgão sem funcção, um penduricalho inutil do corpo nacional, ou, economicamente, ao de um immenso consumidor, que nada produz, isto é, um mendigo immenso, é claro que o Sr. d. Pedro de Alcantara, se muito bem não nos faz, é só porque não quer; tanto mais, quanto é certo que nos movimentos do astro imperial ainda ninguem calculou a influencia de factores, que nos obriguem a suppor a existencia de algum corpo opaco e invisivel, que o tenha reduzido a seu planeta, ou seja o sapatinho de uma mulher bonita, ou a grosseira chinella de um frade.

Bem sei que, pondo-me por detrás de Henry Thomas

Buckle, ou do seu immediato, o dilettante Draper, poderia demonstrar, com argumentos já feitos e accommodados ao caso, que me acho em completo erro, que o imperador do Brasil, a despeito de tudo, está sujeito á grande lei dirigente de todos os reis, estadistas e legisladores : elles não passam de titeres movidos pelo espirito de seu tempo. Mas eu conheço, a tal respeito, um livro mais instructivo do que a *History of civilization in England* : é a experiencia dos meus vinte annos de vida publica, que têm sido outros tantos annos de reflexão. E até onde chegâ o dominio das minhas observações, a somma dos factos é que d. Pedro tem sido, como ainda é, a unica força historica do nosso desenvolvimento. No sentido inverso, é verdade, do que devera ser ; mas sempre uma força. Se menos synergica do que antagonica e perturbadora da marcha evolucional do Estado, e até hoje incapaz, por capricho, de eliminar as irregularidades dominantes no processo cormogenetico, ou biologico nacional, ahi mesmo é que reside o motivo do seu denegrimento perante a historia ; e é isto que tambem, no meu sentir, determina e justifica o pouco amor que lhe consagro. (9)

E' tempo de voltar ao centro do assumpto proposto, de que me desviei por uma curva, demasiado longa talvez mas dentro do mesmo plano. Quero crer que não podia melhor dar entrada á ordem de ideias, que ahi ficam expendidas, do que justamente a proposito de um estudo sobre a organisação communal da Russia. A respeito de outro paiz, uma igual apreciação póde causar-nos inveja ; porém quanto á Russia, é de natureza a causar-nos

---

(9) Releva advertir que não tenho o Sr. d. Pedro II na conta de um *homem representativo* : pelo contrario, estou convencido que, se outro fôra o seu berço, se tivesse nascido na obscuridade e na pobreza, se não fosse um daquelles que, ao abrirem os olhos á luz, já encontram decidida em seu favor a lucta pela existencia, com todos os proventos da victoria facilmente ganha, os seus talentos não chegariam para salva-lo do esquecimento, que aguarda as pobres mediocridades. Mas a verdade é que, ou por effeito da posição, ou pela *bôa indole* do povo, a quem governa, elle é em todo caso o *pastor do seu rebanho*.

vergonha; e este sentimento é o que resta, unico efficaz, para produzir a reacção moral, de que tanto carecemos.

(Dezembro de 1880.)

III

O leitor ha de lembrar-se do que deixei escripto em uma das paginas anteriores, com relação a Alexandre II e ao nosso amabilissimo imperador: «Entre o despotismo *liberalisante* de um autocrata e o liberalismo *despotisante* de um rei que *entôa e não canta*, ou que *reina e não governa*, eu não hesito em escolher o primeiro, até porque, quasi sempre, vem cercado de infelicidades.» Foram palavras quasi fatidicas. Tres mezes depois, em março deste anno, como é sabido, o filho de Nicoláu teve o tragico fim que lhe proporcionára a sua má estrella, se não antes a sua má politica. (10)

A mão dos zelótas, que tomam ao sério o nome e o bem da patria, tentou corrigir o erro da historia, eliminando o homem, cuja insistencia na denegação de reformas pedidas afigurára-se-lhes uma força perturbadora do progresso nacional. Mas este facto ainda não poude alterar o meu modo de ver. Permaneço no mesmo pé de convicção, quanto á Russia despotisada, que tenho por mais feliz do que o Brasil constitucional. E isto não quer dizer que eu me sinta com vocação para nihilista, ou que pretenda não só absolver, mas até exigir que sejam apreciados, como outras tantas virtudes os criminosos excessos da terrivel sociedade. Como todos os phenomenos historicos, inclusive a realeza e o papado, que não são dos menos perniciosos, o nihilismo não deixa de ter o seu lado bom e aproveitavel. O que nelle existe, digno de lastima e de reprovação, é menos, no meu parecer, a ferocidade da

(10) Março de 1881 (N. de S. R.)

empreza pelos meios empregados para realizal-a, do que a esterilidade do seu objectivo. (11)

Esta insufficiencia do alvo traz comsigo o enfraquecimento do direito, pois que... *der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechtes,* como pensa acertadamente Rudolph von Ihering; e uma empreza que se destina á consecução de pequenas cousas, difficilmente poder-se-ha justificar da desproporção irraciónal entre a grandeza dos meios e a insignificancia do fim. E' sempre um mal desperdiçar forças, que poderiam ter uma util applicação. Os homens, que na Russia puzeram a dynamite a serviço dá politica, se caracterisam sobre tudo por um desperdicio de heroismo, que está bem longe de ser compensado pelo proprio ganho da causa, quando mesmo ella chegue a triunfar.

Quizera ir um pouco mais adiante, porém retraio-me. Não é aqui o logar adaptado á expressão clará e completa de semelhantes idéas.

Entretanto, importa reconhecer: quaesquer que tenham sido os erros, e foram muitos, do infeliz autocrata, não podem obscurecer os seus merecimentos. Sem fallar no grande feito, geralmente conhecido, que assignalou a sua ascenção ao throno, a libertação dos servos, Alexandre II, illustrou os seus vinte e seis annos de governo com mais de uma reforma generosa e salutar. Entre outras, por exemplo, a da legislação penal, que desde a *Prawda Russkaja,* do principio do seculo XI, até a *Swod Sakonow,* da época de Nicoláu, não obstante as modificações produzidas pelo tempo, ainda conservava o caracter de velha barbaria, e só de 1855 em diante foi que, por impulso do czar liberalisante, appareceu a reacção, no sentido de dar ás leis penaes da Russia uma tendencia nova e um espirito de brandura, até então desconhecido.

Mas a reforma que melhor accentuou as bôas disposições e largas vistas do governo de Alexandre, foi a da

(11) Aos olhos de nós outros que sabemos por experiencia o que valem uma constituição e um parlamento, é com effeito singular, para não dizer, estravagante e ridiculo, que espiritos elevados façam questão de vida e morte, se sacrifiquem e acabem por amor de taes frivolidades.

organisação communal, introduzida pelo decreto de 16 de junho de 1870. « Nessa reforma, diz Schwanebach, os principaes traços caracteristicos daquelle governo, isto é, descentralisação e abolição de privilegios de classes, encontraram a sua mais alta expressão. Esta grande ideia fórma o élo que prende a transformação da vida municipal á importante obra da libertação dos servos e a introducção de uma vida administrativa autonoma nas provincias e circulos, na qual o povo é convidado a tomar parte. A reforma no dominio municipal deve ser considerada o complemento necessario dessas duas significativas innovações, e será, junto com ellas, designada pela historia como a reforma russa de nossos dias mais rica de consequencias. » (12)

«Mais rica de consequencias»—é verdade; até de consequencias fataes para o grande reformador. O *ukas* de 16 de junho de 1870 está para Alexandre II, pouco mais ou menos, como o decreto de novembro de 1860, aquelle famoso decreto, em que o despotismo francez voluntariamente retrahiu-se e limitou-se, está para Napoleão III. Ambos marcam o momento, desde o qual começou para os dous monarchas o processo historico, que devia trazer a sua ruina. Ha menos perigo em ser déspota n'um paiz livre, doque em ser liberal n'um paiz escravisado. O despotismo que desmente o seu conceito, o conceito racional de um poder intransigente, que pode augmentar de forças, mas nunca diminui-las, tem lavrada, *ipso facto*, a sua condemnação. Praticar larguezas politicas, fazer concessões liberalisticas e, não obstante, continuar a ser um autocrata, é cousa que, quando mais não importe, importa ao menos uma flagrante violação da logica; e a logica neste mundo presta sempre algum serviço, e nem sempre é violada impunemente.

Foi o que se deu com o *Nicolaiewitsch*. Abrindo caminho ao pleno desenvolvimento das municipalidades, pela nova organisação que lhes outorgára, elle creou o melindroso dever de responder liberalmente, bom grado

---

(12) *Russische Revue*... 1874 — pag. 433.

ou máu grado seu, ás exigencias de novas franquezas, que por ventura lhe fossem feitas, nas relações politicas e sociaes do imperio. O nihilismo, certamente, não é um producto do governo, incompletamente generoso do filho de Nicolau; mas elle hauriu nas proprias ideias desse governo um grande reforço para as suas pretenções. E, por tanto, nada mais logico, para não dizer mais justo, do que acabar o autocrata, inundado pela torrente, cujo dique elle mesmo abrira. Não é sempre isempto de más consequencias distribuir em pequenas rações o direito ao povo. Antes deixar o leão inteiramente em jejum, do que lançar-lhe um escasso bocado, que só pode ter por effeito sobreexcitar a gula do monstro e augmentar a sua fereza. Bem entendido: quando se trata de povo, no sentido elevado da expressão, e não, como succede por exemplo entre nós, de um simples nome collectivo, que significa uma multidão de homens, como porcada quer dizer um grande numero de porcos.

Il faut savoir son métier de roi. Estas palavras de um rei constitucional assentariam melhor na bôca de um autocrata. O mister de governar por si só exige com effeito muito mais sciencia do que os chamados governos livres, com seus ministerios e seus parlamentos. Alexandre II foi victima de um certo desázo no seu *métier* de czar. Pelo menos, uma cousa é indubitavel: elle provou com o seu exemplo que os padres e os reis em geral não são destituidos de razão, quando se mostram pouco affeiçoados ao derramamento da luz. N'uma côrte, como S. Petersburgo, onde existem setenta e dois estabelecimentos de instrucção superior, para os quaes o czar mesmo não se dedignava de contribuir com a quota da sua munificencia, difficilmente poderia o despotismo viver incolume e tranquillo. Isto está contido no proprio fundo conceitual da cultura humana. O espirito, o verdadeiro espirito scientifico, não existe por certo para ser um alliado dos reis. E' minha convicção. Se porém, pelo contrario, a ultima palavra da sciencia deve ser, como insinúam alguns escriptores, um hymno de louvor e eterno reconhecimento aos monarchas de todos os tamanhos, quer de grande, quer de pequeno estylo, ou sejam magnanimos e

inditosos, como Alexandre II, ou tacanhos e bemaventurados, como aquelle que me é, por infelicidade, mais que todos conhecido, então.... vale a pena pôr fogo nos thesouros accumulados do saber humano, e voltar á barbaria.

O leitor desculpar-me-ha, se offendo por este modo os seus sentimentos monarchicos, e mais ainda, se distrahido por tal ordem de ideias, afastei-me demasiado do assumpto precipuo, com o qual entretanto passo de novo a occupar-me.

IV

A organisação communal da Russia, no estado em que se acha, não é um producto de occasião, um phenomeno que surgisse de improviso, sem ser determinado por qualquer antecedente, mas, como todos os grandes factos da ordem natural, social e politica, um resultado de desenvolvimento. Foi Pedro Grande quem deu o primeiro impulso para uma reforma em tal sentido; e esse acto do illustre déspota póde bem se considerar a cellula, d'onde proveio o actual organismo da municipalidade russa.

O ideial, que então elle teve em mente, foi a constituição medieval das cidades allemans, que tinha sido tão favoravel ao commercio e á industria; e todas as medidas por elle cogitadas, para attingir ao fim projectado, resumem-se nestes dois pensamentos capitaes:—por um lado assegurar ás cidades uma constituição independente, e prestar, por outro lado, aos seus habitantes o caracter de uma classe particular, premunida de direitos, a qual, se subdividindo em corporações, receberia assim uma forte hierarchisação.

Este ensaio de autonomia municipal, passando ás mãos de Catharina II, tomou novas e mais largas proporções. Em virtude da lei de 21 de abril de 1785, a mesma lei que regulou os direitos da nobreza russa, houve um trabalho de reorganisação communal, cujos effeitos permaneceram até aos ultimos tempos e ainda hoje se fazem sentir em muitos logares do imperio. Nesse terreno,

assim preparado, é evidente que a obra de Alexandre II não podia ser uma planta exotica, mas antes uma filha legitima da disposição geologica do mesmo solo. Bastante comprehensiva para fazer por si só, toda a gloria de um reinado, a organisação communal de junho de 1870, que aliás fôra destinada a completar o que existia a preencher as lacunas dos trabalhos anteriores, pareceu entretanto já não corresponder aos votos e aspirações do tempo que se dirigiam a alvos mais elevados.

E' uma bella palavra esta palavra — *autonomia*, — maxime quando se trata da chamada *autonomia municipal*. Mas tambem é força reconhecê-lo : — a palavra está desviada do seu conceito primitivo, e semelhante desvio tem sido e continúa a ser de más consequencias praticas. Nas condições de existencia e de desenvolvimento, em que se acha o Estado moderno, a autonomia communal, ao menos como ella foi antigamente concebida e realisada, é hoje impraticavel ; e quando mesmo seja possivel, aqui ou alli, ser levada a effeito, é uma cousa esteril, uma conquista insignificante, em face de outros problemas, graves e fecundos, para cuja solução ella não contribue de modo algum. Neste ponto é digno de nota o que diz um escriptor belga : — « A vida communal não se improvisa ; as melhores leis são impotentes para fazê-la surgir. Ella é hoje mais intensa nas villas russas, onde a *liberdade politica* e a prosperidade commercial são desconhecidas, do que em muito paiz do occidente, onde o egoismo da burguezia moderna e a exageração das lutas de partido, transportadas sem proposito ao terreno da communa, têm esterilisado os antigos sentimentos de fraternidade, e só deixam subsistir entre os habitantes obrigações de visinhos, que se conhecem pouco, e muitas vezes se detestam » (13). Isto é exacto. Nada prohibe que n'um paiz, em que exista a mais franca autonomia municipal, seja esta ao mesmo tempo um dos melhores alliados do despotismo. A liberdade politica é um producto de factores

---

(13) Léon Vanderkindere. *Revue historique*, de Monod e Fagniez. 1879. I—pag. 476,

diversos, nunca porém uma somma de centenas e centenas de municipios autónomos. No estado actual da civilisação, em presença dos grandes corpos nacionaes, que têm uma existencia propria, o municipio tem apenas uma individualidade anatomica; só póde viver com o todo e para o todo, de que faz parte. E' uma falta de criterio, para não dizer uma falta de senso, que não raro toma as proporções de um disparate inqualificavel, andar a todo proposito, como é costume entre os politicastros do dia, invocando a autonomia communal contra os males que se fazem sentir nos governos centralisados. Não é mais licito deixar-se arrastar por semelhante illusão. A felicidade de um povo está muito acima do galho, d'onde pende o fructo idyllicc da vida municipal, autónoma e independente.

O exemplo da Russia é instructivo. Paiz nenhum se gaba de possuir um modêlo do genero, mais perfeito e digno de ser imitado. Em virtude da nova organisação, que completou a obra de dois seculos, assegurou-se ás communas independencia e autonomia nos limites do circulo de acção, que lhes foi franqueiado. Este circulo de acção abrange todo o dominio da *policia*, no mais largo sentido da palavra :—a policia de edificação, a vigilancia sobre o trafego publico, a policia hygienica e o cuidado da pobreza, a vigilancia e regulamentação do commercio e da industria, tanto quanto estes podem ser sujeitos a limitações ; – elle abrange ainda a administração do que a communa possue, bem como das suas finanças, a creação de bolsas, de institutos de credito communaes, de theatros, bibliothecas, museus e outros semelhantes estabelecimentos, hospitaes e casas de beneficencia ; emfim, a nova lei permitte ás communas tomar uma certa parte na instrucção publica, principalmente no ponto de vista economico.

Os orgãos da administração communal são; — as assembléas eleitoraes, o concelho urbano *(gorodskaja Duma)* e o *comité* executivo *(gorodskaja Uprawa)*. As assembléas são convocadas de quatro em quatro annos pelo concelho urbano, e a ellas pertence exclusivamente a eleição dos membros do mesmo concelho, que são de

trinta a setenta e dois, conforme a população da respectiva cidade e o numero dos eleitores. Tem direito de votar nessas assembléas qualquer habitante da localidade, sem distincção de classe, uma vez que seja subdito russo, maior de 25 annos, que possua uma casa, ou pague impostos municipaes (14)

Têm igualmente o direito eleitoral activo, que aliás é exercido por meio de representantes, todas as corporações, sociedades, claustros e igrejas, contribuintes da communa. Assim tambem tomam parte no processo eleitoral, por via de representação, as mulheres e os menores, se satisfazem ás outras condições impostas ao exercicio do voto. (15).

Os eleitores communaes são divididos em tres secções, cada uma das quaes elege um terço do concelho urbano. A primeira secção é formada dos mais altos contribuintes, que entram com um terço da receita geral da communa; á segunda secção pertencem os que na linha descendente formam o terço immediato da mesma receita; á terceira em fim todos os mais votantes. Por este meio, é facilmente comprehensivel como a lei quiz assegurar áquelles elementos da população, que segundo a medida de suas prestações fiscaes têm o maior interesse em uma administração regular, a influencia que lhes compete.

A presidencia das assembléas pertence ao chefe da communa (*gorodskoja Golowa*), que tambem preside ao

---

(14) Isto abre caminho a uma ponderação, relativamente ás nossas municipalidades. Não seria por ventura uma vantagem para a maior parte dellas, que fosse vedado, pelo menos, exercer os cargos de presidente e vice-presidente das camaras municipaes, a quem quer que não habitasse dentro da respectiva séde—villa ou cidade,—que não tivesse interesses a ella ligados, ou como proprietario, ou sob outro qualquer caracter? Ao certo, se isto se désse, não ter-se-hia de lamentar o facto, já inveterado e reduzido a habito inconsciente, de serem aquellas funcções commettidas a orgãos inuteis, a rusticos e estupidos agricultores, a quem falta o senso do bem commum, que só cuidam no plantio das suas cannas, no fabrico do seu assucar, e que portanto não sentem a minima necessidade de trabalhar para o incremento e prosperidade dos municipios.

(15) Como, segundo o direito russo, não ha communhão de bens entre os conjuges, e a mulher casada tem a faculdade de administrar e dispôr da sua propriedade, o direito do voto electivo do concelho communal compete a ella do mesmo modo que ás viuvas e ás moças.

concelho urbano (*gorodskaja Duma*) e ao *comité* executivo (*gorodskaja Uprawa*). O chefe da communa, os membros do *comité* e seu secretario são eleitos quatriennalmente pelo concelho urbano. Para estas funcções são elegiveis todos os que podem tomar parte na eleição municipal, e o concelho não tem obrigação de tiral-os do seu proprio seio. Para o logar de secretarios podem tambem ser nomeados aquelles que ainda não attingiram a idade legal da elegibilidade,como igualmente é dispensavel que elles pertençam á categoria dos proprietarios ou contribuintes. Do duplo caracter presidencial, que tem o chefe da communa, em relação ao concelho urbano e ao *comité* executivo, se deprehende a sua importancia entre os orgãos administrativos locaes. Nelle repousa o centro de gravidade da administração municipal, assim como elle é o medianeiro entre ella e o governo, perante o qual vem a ser o representante responsavel dos interesses da communa.

O numero dos membros do *comité* é estabelecido pelo concelho urbano,e não pódem ser menos de dois,sem contar o chefe communal. Ao concelho compete determinar que objectos devem ser submettidos á deliberação collegial desses membros, e quaes os que o chefe tem de decidir por propria autoridade, sendo que este ultimo, em casos extraordinarios, tem competencia para empregar medidas, que regularmente exigiriam uma decisão collegial; mas tambem em taes casos elle é obrigado a dar conta do seu acto ao *comité*, na proxima sessão.

Tudo isto é bem disposto, e attesta por si só um alto senso administrativo. Porém não fica ahi. A parte financeira da nova lei organisatriz do municipio russo me parece não menos fecunda e interessante.

A despeito de todos os esforços dos governos anteriores para firmar uma bôa economia municipal, ainda esta permanecia em estado rudimentar, posto que já no tempo de Catharina II, houvesse alguma cousa de bom, neste sentido, alguma cousa de melhor, sem duvida, do que mesmo presentemente existe no Brasil. Foi a nova organisação de 1870 que produziu tambem neste dominio uma transformação completa.

Sobre a base dessa lei o concelho urbano tem o poder de lançar as seguintes contribuições; *a*) — um imposto sobre a edificação; *b*)—um imposto de *sello* sobre as *patentes* de commercio e industria, assim como *c*) — um imposto sobre os *restaurants*, casas de pasto e hospedarias. Por via legislativa podem ser sujeitos á contribuição mais os seguintes objectos: *a*) a industria de conducção e transporte; *b*) os cavallos, equipagens e cães, que se acham na posse privada.

Além destes impostos directos, a nova organisação deu ás cidades alguns outros indirectos, que formam uma receita avultada. A isto accrescem os soccorros que algumas cidades recebem do Estado, ou das provincias, ou districtos, para fazer frente a certas despezas que repousam fóra dos limites das necessidades communaes. (16)

O exame e confirmação do budget municipal é da competencia do concelho urbano. (17)

Uma questão interessante, de cuja exacta solução depende o desenvolvimento progressivo dos municipios, é a que diz respeito ás relações existentes, ou que devem existir, entre elles e a administração das provincias e dos circulos. Os governadores provinciaes têm na verdade um direito de alta viligancia a respeito da administração das communas; porém esse direito é vinte vezes mais restricto, do que se mostra, *verbi gratia*, no nosso paiz de decantadas franquezas. Para resolver sobre negocios municipaes, que a nova lei commetteu ao governador, este ultimo tem a seu lado um *comité* composto de seis membros, o qual, sob a presidencia do mesmo governador delibera e decide sobre tudo que interessa ás communas, e que é levado ao conhecimento delle. A este *comité* o governador é obrigado a apresentar, como objectos de sua deliberação, os seguintes assumptos:—1.° queixas e accusações, que levantem os habitantes de qualquer cidade por occasião de organisar-se a lista dos eleitores,

---

(16) Não seria tão bom que os nossos legisladores traduzissem na lingua nacional, além de outros, este excellente pedaço de instituição slava?!

(17) Outro ponto importantissimo, que oxalá podessemos imitar!...

como em geral a respeito de illegalidades havidas no processo eleitoral; nestes dois casos o comité do governo forma a segunda instancia, pois que taes queixas e accusações devem ser primeiro dirigidas ao concelho urbano; o comité tem o direito de annullar eleições illegaes e mandar proceder a novas;—2.° contestações entre o chefe da cidade e os membros do comité executivo, assim como entre este ultimo e o concelho urbano;—3.° accusações sobre a illegalidade da eleição de funccionarios municipaes;—4.° o exame dos actos do concelho urbano, caso pareçam illegaes ao governador, assim como quaesquer contestações suscitadas entre a administração policial e o mesmo concelho a respeito desses actos;—5.° queixas e accusações sobre desmandos do chefe da cidade e do comité executivo;— 6.° finalmente, todas as contestações por ventura levantadas entre a administração municipal e os funccionarios administrativos provinciaes.

As deliberações do comité governamental são tomadas por simples maioria de votos. Se o governador não concorda com a decisão, tem o direito de appellar para o senado; direito este que tambem compete aos orgãos da administração municipal e provincial.

Como se vê, o municipio russo tem uma bella organisação, a mais bella, talvez, que se póde, não direi— imaginar, mas ao certo pôr em movimento e fazer funccionar. Entretanto, quaes os proventos politicos de semelhante instituto? Não se sabe, ou, se alguma cousa se sabe, é sómente que essas tão amplas liberdades communaes deixaram o espirito nacional no mesmo estado de inquietude e anciedade por um melhor governo. Quando era de esperar que depois de tal concessão, — que aliás não foi o unico testemunho da sua magnaminidade,— Alexandre II podesse viver tranquillo, ou, como dir-se-hia em guindada linguagem cortezan, encontrasse no coração do seu povo o mais sincero alliado e dedicado amigo, bem ao contrario disso, as obras do czar foram pesadas e se acharam muito leves... De quem a culpa? A historia responderá.

Meu thema está esgotado. Antes porém de terminar, quero ainda insistir sobre um ponto, que nos toca de

perto, e que fórma, por assim dizer, o lado pathologico do assumpto: a mania do *municipalismo*, em face da improficuidade das franquezas municipaes. Não é de hoje, mas já de ha muito tempo, que entre nós se proclama a autonomia dos municipios, como uma ideia salvadora, como uma necessidade, cuja completa satisfação trará para o paiz incalculaveis beneficios. Esta exigencia faz parte do programma de um partido, isto é, do seu programma de opposição. Mas não deixa por isso de ser geral e profunda a convicção de que no desenvolvimento das municipalidades está o segredo da nossa ventura politica, e que esse desenvolvimento póde vir pelo caminho da lei, ou melhor, pela vontade do governo. Porém isto será exacto? Creio que não.

E' um engano, e bem pouco honroso para quem se deixa enganar, crer que ainda nos é possivel recomeçar a marcha da historia e tomar direcção diversa da que temos seguido até hoje, em relação á vida municipal. Os municipios, no Brasil, não passarão jamais de meras circumscripções administrativas, sem cohesão politica, sem força propria, incapazes, por conseguinte, de ter qualquer influencia nos calculos do poder publico. A autonomia que se reclama para elles, ainda mesmo limitada e muito distante daquella que os romanos faziam consistir no....*legibus suis uti* (18), não póde ser levada a effeito, pela razão mui simples, mas tambem a unica irresistivel, de não haver propriamente entre nós um espirito communal, que é a primeira transformação, por que passa o egoismo, do apêgo exclusivo ao bem individual para a consideração do bem de todos.

A analogia que Tocqueville descobriu entre a communa e a escola é uma daquellas cousas, que são bonitas de mais, para serem verdadeiras. Pelo menos é certo que a escola precisa de quem a frequente; assim tambem a communa de quem a dirija. Os nossos municipios, pela mór parte, fazem a impressão de....*escólas no deserto*. São por tanto bem duvidosas as vantagens

---

(18) Tit. Liv. 33, 32, 5.—Seneca, *de benef.* 5, 16.—Cesar *de b. g.* 7, 76.—Cic. ad Att. 6, 2, 4.

que nos promette o liberalismo loquace com uma perfeita autonomisação das communas. O maior numero dellas, alem de serem semelhantes aos....*vici et castella et pagi*, de que falla Isidoro, *quæ nulla dignitate civitatis ornantur, sed vulgari hominum conventu incoluntur*, trazem no seio o germen da morte, o acanhamento e a mesquinhez de suas condições economicas. O grande proprietario, o rico representante da nossa agricultura, que não é simplesmente um *incola*, mas um *civis* da communa, julga-se entretanto mil vezes mais honrado com qualquer titulo, com qualquer apparencia de distincção, que lhe venha da côrte do imperio, do que, por exemplo, com o modesto, sim, mas importante cargo de presidente da camara de seu municipio. Na vida da communa brasileira, nessa que se concentra em dois fócos:—a feira e a igreja, o pequeno commercio e a pequena religião, — não ha nem mesmo aquillo que pudera indemnisal-a do muito que lhe falta, isto é, o ar puro da moralidade, a nobreza dos caracteres. Até lá tambem já chegou a corrupção das grandes cidades e matou a innocente poesia dos campos. Nada embaraça, eu concordo, que os nossos municipios tenham mais independencia, que se desprendam alguma cousa dos laços governementaes; mas não nos illudamos: a autonomia municipal, no sentido e extensão em que a reclamam, é uma impossibilidade; e quando mesmo fosse realisavel, nada traria de util a nós outros, que arcamos com problemas de ordem mui superior.

(Setembro de 1881).

XVII

A questão do poder moderador.

(O governo parlamentar no Brasil)

I

Começo por fazer uma estranha confissão. Não descubro neste assumpto o que seja capaz de interessar aos espiritos que, uma vez adquirindo o senso das grandes cousas, recusam pagar tributo ás frivolidades do dia. (1)

A questão do poder moderador, a que se acham reduzidos quasi todos os problemas do nosso direito publico, serve hoje de alimento a muita ignorancia e covardia politica. Dir-se-hia que ella existe, sómente para dar á posteridade mais um testemunho, entre os muitos, que devem convencê-la da pobreza e do atrazo em que vivemos.

Não duvido que sejam sinceros os publicistas brasileiros em prescrutar o que elles dão como natureza e fundamentos racionaes do poder moderador; todavia não deixam de levar em seus escriptos alguma cousa de futil e mesquinho, com que terá de divertir-se a geração futura.

Para isso, basta imaginar um tempo, em que a philosophia social tenha varrido das intelligencias o resto de prejuizos theologicos e metaphysicos, que ainda nutrem o gosto das formulas estereis e das questões sem sahida.

---

(1) I. *Da natureza e dos limites do poder moderador*, por Zacarias de Goes e Vasconcellos. II. *Ensaio sobre o direito administrativo*, pelo visconde de Uruguay. III. *O poder moderador*, pelo Dr. Braz Florentino.

Ver-se-ha então como são destituidos de seiva e de valor scientifico esses longos arrazoados em defeza de um principio caduco. Velhas luctas improficuas, travadas em nome da razão e da sciencia, sobre cousas que não têm força para se vasar nos moldes do entendimento humano.

O que ahi qualifiquei de prejuizos theologicos e metaphysicos, é possivel que não seja bem comprehendido. Tratarei de esclarecel-o.

Ha no fundo das theorias correntes, relativas ao supremo poder do Estado, um sedimento de orthodoxia, uma dóse de fé catholica nos milagres da constituição e na superioridade moral da realeza. A crer-se no que ensinam, até os mais adiantados, o principe brasileiro é um penhor inestimavel da protecção divina, que se exerce claramente sobre a marcha deste imperio. E' debalde que o povo, tomado de uma loucura sacrilega, sonha as vezes com thesouros enterrados ao sopé do throno. O respeito devido ás *instituções juradas* (é a tolice consagrada) prohibe levar a mão profana sobre a arca santa da alliança eterna.

Resta apenas que o monarcha incomparavel, symbolo das venturas e grandezas nacionaes, o qual, por suas altas virtudes, por seus predicados de coração e de cabeça, é como que uma outorga da providencia, saiba emfim comprehender o seu papel soberano. Qual é elle? Nenhum outro, fallemos a verdade, se não deixar-se amoldar ás ideias ditas inglezas do pedantismo parlamentar, que vão assumindo entre nós uma importancia indebita.

Ora, tudo isto é insigne de contradicção e desproposito. Invocar a bôa estrella, o destino, a felicidade, todos estes idolos da fraqueza humana, para attribuir-lhes uma parte da gloria que nos cabe, pela posse de um rei tão sabio e grande, a cujos erros e desmandos, diariamente apontados, se pretende aliás obviar, cerceando o circulo da sua acção e a influencia da sua sabedoria, é o que ha de mais pasmoso, como prova da estreiteza mental dos nossos homens de Estado e publicistas illustres.

Com effeito, dizer ao imperador: vós sois uma intelligencia elevada, um soberano invejavel, porèm deveis reflectir que estaes causando mal ao paiz com o vosso modo de governo, isto é um novo genero de humilhação; é adular com tanto empenho, que o beijo acaba pela mordedura; é balançar o thuribulo com tanta força, que chega-se a deitar brazas por cima da divindade.

Porém mesmo concedendo a pureza de intenções, é isso justamente o que se póde chamar preconceitos de uma velha philosophia theologica, ainda não de todo banida dos systemas de organisação social. E' ella que assim mantem nos animos nutridos em seu seio um certo devotamento á estabilidade da corôa, combinado, bem ou mal, com a vigilancia devida aos interesses da nação.

Por outro lado, adstrictos a um pequeno peculio de ideias, que já não satisfazem as aspirações da época, os nossos pensadores, em materia de politica, ainda se deliciam no mundo das entidades. E' uma riqueza de principios absolutos, é um fallar incessante de verdades eternas que poriam logo remate a todas as questões, se não fossem outros tantos espectros de sua propria razão mal educada. Glossadores subalternos de algumas maximas bebidas em livros que envelheceram, não sabem, não podem saber a direcção que tomam as linhas geraes de uma nova sociologia. (2) Falta-lhes a base de larga experiencia e de uma sciencia viva, adaptada ao tempo.

Antecipo-me em dizer que este modo de fallar é uma nota dissonante no côro sideral dos elogios em uso. Póde ser mesmo uma affronta á opinião de todos, ao sentimento de todos, que proclamam, de joelhos, a grandeza dos seus numes. E não ha com effeito mais grave attentado do que vir assim romper a nuvem de incenso em que o idolo se involve, e mostrar ao crente embevecido que o altar está vasio... O fumo se desfaz e o deus desapparece.

A despeito porém do que ha de temerario em semelhante empreza, não duvido encarar de frente o mau humor

---

(2) O leitor não extranhe ouvir-me fallar de *sociologia*. Grande parte deste estudo foi publicado pela primeira vez em outubro de 1871 no *Americano*, jornal de que fui um dos redactores; e a esse tempo ainda eu acreditava na possibilidade das visões de A. Comte.

de um publico habituado a deixar-se illudir por apparencias e inteiramente extranho ao exercicio de uma critica severa.

Um dos factos que mais accusam a dormencia do espirito brasileiro, é por certo esta renuncia geral do direito de pedir a varias reputações feitas os titulos em que se fundam. «Nosso seculo, diz Huet, tem necessidade de todas as coragens; elle carece, antes de tudo, da coragem intellectual.» E entre as manifestações desse heroismo da opinião, que se forma por si mesma e em si mesma, deve ser contada a novissima ousadia de não jurar obediencia e respeito a certos vultos endeusados, senão depois de fazer o inventario dos seus merecimentos.

Eu disse, ao principiar, que não tinha esta materia como digna de entrar no quadro dos altos estudos. Acho menos interesse em discutir e questionar, se os sete ministros do imperio do Brasil constituem um poder á parte, se são responsaveis por taes e taes actos da realeza, etc., do que em procurar saber, v. g. si os sete *amschaspands* da religião mazdéa vieram antes ou depois dos sete archanjos dos judeus. E, com tudo, é forçoso reconhecer que semelhantes questões absorvem o talento dos nossos grandes homens, e despertam por conseguinte alguma attenção.

Além disto, parece apropriado ao tempo e ás circumstancias apreciar com calma o que de mais importante se ha escripto sobre ser ou não ser entre nós possivel um governo parlamentar, um governo á ingleza, onde o rei figurasse, segundo uma expressão de Hegel, como o ponto emcima do—*i*.

Acredito que, se os factos têm algum sentido, jà está mais que provado, quanto fomos infelizes com a nossa monarchia constitucional. Não vejo que se possa defender com vantagem uma instituição, cujo menor defeito tem sido derramar no espirito nacional um desanimo incuravel e como que o tedio mesmo de uma velhice precoce.

O celebre principio do philosopho allemão: *Was wirklich ist, das ist vernuenftig*, não encontra um desmentido mais solemne. A monarchia constitucional no Brasil, que é uma realidade, a que não se pódem assignar limites de

existencia, não deixa de ser por isso uma cousa sem apoio nos conselhos da razão. A contradicção intima que labóra no fundo do systema, vai-se pondo claramente a descoberto, de modo que insistir e pugnar por tal idéia tende a cahir na opiniaticidade insensata.

Não pretendo certamente, á imitação dos nossos oradores politicos, fazer exposições e entrar em longos detalhes sobre o governo parlamentar brasileiro. E' um thema soffrivelmente banal, que occupa todos os annos, a sagacidade e a illustração de honrados estadistas, para quem a solução de todas as questões depende de um facto unico e simples. Eis o caso: o Brasil tornar-se inglez em assumpto de governo, continuando porém a ser elle mesmo em religião, sciencia, industria, commercio e os demais pontos e relações da vida social!... O problema é de facil enunciação, mas, se bem se considera, os seus dados são contradictorios.

Mas ainda que me pareça pouco digno, para servir-me aqui da expressão de Littré, *chicanar* as consequencias de principios que não admitto, é mister, não obstante, fallar de cousas que julgava já estarem por demais sabidas e experimentadas.

O que ha porém de mais admiravel é que, sahindo a combater o dilettantismo parlamentar da nossa terra, qualquer espirito, um pouco desabusado, não carece de magna bagagem scientifica, nem tambem de recorrer a thesouros de erudição. Seria perder tempo inutilmente um appello feito aos conhecimentos variados, aos serios e profundos estudos dos politicos insignes do paiz.

Com effeito que é que vemos? Uma serie de homens praticos, destituidos de larga intuição, cujas velhas cabeças não agasalham o bando de ideias livres, que ao ar da civilisação sacodem a plumagem de ouro e tomam o vôo do seculo; sim, um certo numero de espiritos que rastejam, que tropeçam a cada passo na incerteza de suas ideias e que estão, em geral, para a sciencia do governo, como os architectos grosseiros estão para a geometria.

Não são novas, dispenso que m'o digam, estas luctas sustentadas com a fatua pertenção de fazer no sólo constitucional brasileiro, revolvido e adubado pela mão

do primeiro imperador, arraigarem-se com vantagem as ideias inglezas. Porém releva notar que todo o esforço empregado por taes combatentes tem sido com o fim de dar á realeza maior importancia e revesti-la de um caracter quasi absoluto.

Em outros termos, todas as suas considerações e arrazoados se podem reduzir a isto;—o governo do Brasil não deve ser, não é parlamentar;—a mesma constituição é contraria a esse regimen, visto como tem por base a confiança unica no primeiro representante na nação, o qual é só capaz de conduzir-nos á prosperidade infinita que o futuro nos reserva. Logo, convém banir essas ideias do constitucionalismo liberal, e deixar que o imperador seja o que a constituição quiz que elle fosse, isto é, independente, preponderante, soberano.

Quanto a mim, os principios são exactos; as consequencias é que são diversas das que me parece deverem-se tirar.

De feito, admittidas as premissas, nem eu concluiria que tudo deve ser confiado á bondade do rei, nem tambem, como é facil inferir, que a constituição se resente de vicios e lacunas capitaes. Minha conclusão seria outra. O governo do Brasil não póde ser parlamentar, á maneira do modelo que offerece a terra de Pitt e de Palmerston; por quanto esse regimen suppõe alli uma penetração reciproca do Estado e da sociedade, que em geral nos outros paizes vivem divorciados. O governo do Brasil não póde ser tal, attento que o systema inglez é o resultado de um germen poderoso deposto pela providencia, isto é, pela mesma indole do povo, no largo ventre da sua historia.

E quem sabe que concurso de circumstancias influiram na marcha ascendente da constituição da Inglaterra, para que a realeza, por uma especie de reducção *ad absurdum*, se desenvolvesse no sentido de chegar á quasi negação de si mesma, restringindo-se e annulando-se, de modo que o ideial da sua perfeição se confunde com a sua destruição; quem sabe disto não devera vir fallar-nos de governo parlamentar.

Logo, o unico meio de salvar e engrandecer o Brasil, é tratar de collocal-o em condições de poder elle

tirar de si mesmo, quero dizer, do seio da sua historia, a direcção que lhe convém. O destino de um povo, como o destino de um individuo, não se muda, nem se deixa accommodar ao capricho e ignorancia d'aquelles que pertendem dirigil-o.

E' mister um estudo mais profundo da nossa genese, a fim de dar-se remedio aos males que nos ferem. Se nada aproveitam os clamores de uns certos messianistas politicos, que cantam as maravilhas da republica vindoura, tambem não merecem credito as soluções pouco sérias, as velhas phrases ambiguas dos *aulicos liberaes*.

Nem ha duvida que esses homens, habituados a bordar o manto imperial de pontos de admiração, produzem maior mal, do que talvez se suppõe. Filhos da occasião e do successo, elevados a uma posição, menos conquistada por seus talentos, do que outorgada pela dextra regia, elles não se mostram sómente destituidos do genio creador, iniciador, dirigente; falta-lhes ainda uma certa firmeza de intelligencia. Elles servem a realeza por instincto, fingem acceitar a liberdade, sem gostar della, nem comprehendel-a; e para dar uma satisfação aos tempos, que se vão tornando cada vez mais exigentes, dizem crer piamente na possibilidade de tornar-se a monarchia brasileira um governo realmente livre, pelos meios que propõem.

E' ahi que o enygma reside.

II

Aquelles que julgam, a todo transe, possivel entre nós um regimen vasado em molde inglez, começam, antes de tudo, por uma inversão dos principios da logica vulgar.

De certo, não conheço exemplo mais completo de paralogismo, do que discutir sobre o modo de realisar uma fórma de governo, que assenta em grande numero de condições locaes, quando não se admitte sem contestação que esse phenomeno unico e extraordinario na historia dos povos modernos se possa generalisar. A autoridade

de Montesquieu mesmo não tem força de apagar semelhante anomalia.

Profundo e bem inspirado em tudo mais, foi justamente neste ponto que o philosopho cahiu em um dos mais estranhos desacertos.

Porquanto, depois de ter reconhecido, em principio geral, a subordinação necessaria dos phenomenos sociaes a leis invariaveis, que resultam da natureza e condições de existencia propria de cada povo, esqueceu-se deste compromisso e foi proclamar, como typo politico universal, o regimen parlamentar dos inglezes.

A contradicção salta aos olhos. E, todavia, os philosophos e homens de Estado do continente europeu, que posteriormente se occuparam do assumpto, não fizeram mais do que reproduzir e desenvolver o erro de Montesquieu, continuando a propor, como solução final da crise revolucionaria das nações hodiernas, a uniforme transplantação da monarchia representativa. (3)

Basta por ora indicar um ponto capital de desarranjo nas ideias dominantes. E' sabido, e não ha quem o conteste, que o regimen inglez teve por principal base espiritual o protestantismo organisado. Se pois a religião, qualquer que ella seja, tem alguma influencia nos destinos da sociedade (e creio que os nossos monarchistas parlamentares devem nisto concordar, pois que são, além do mais, muito bons devotos,) é innegavel que a Reforma concorreu poderosamente para desenvolver as livres instituições daquelle povo exemplar.

Mas, sendo assim, qual será entre as nações, como a nossa, profundamente catholicas e educadas no gosto da autoridade, o equivalente da parte que teve o protestantismo nas modificações politicas e sociaes da Inglaterra? E' um largo e curioso assumpto, que entrego á reflexão dos pensadores.

Não é sómente para admirar; é ainda motivo de estudo e meditação o modo energico e sobranceiro, porque essa importante nação nunca chegou a duvidar de si, a

---

(3) Augusto Comte.—*Cours de Philosophie Positive.* V. 520 e seguintes.

despeito de experiencias dolorosas, que aliás não lhe faltaram.

Nem se póde contestar que os seus habitos de independencia individual, se não foram creados de todo, foram muito fortificados pela doutrina do livre exame. Dest' arte produziram aquella disciplina interior do paiz, que, segundo diz Rudolf Gneist, mesmo no meio do egoismo e corrupção que caracterisam a época de Guilherme, de Anna e dos primeiros Jorges, continúa a vigorar, elevando o Estado a uma alta significação politica e moral, por meio da sua propria inspecção e do seu proprio querer « ... die innere Disciplin dieser Gesellschaft dauert fort, und sie ist es, welche den Staat durch eigene Einsicht und eigenen Willen zu einer politischen und sittlichen Bedeutung erhebt.» (4)

Não receio declaral-o: a liberdade que se julga instituir com a monarchia parlamentar, está bem longe de ser attingida. As instituições que não são filhas dos costumes, mas um producto abstracto da razão, não aguentam por muito tempo a prova da experiencia, e vão logo quebrar-se contra os factos. Indubitavelmente o nosso governo se acha em tal estado.

Não conheço outro, em que melhor se verifique esse systema, de que nos falla Proudhon, onde as transacções da consciencia, a vulgaridade das ambições, a pobreza das ideias, assim como o lugar commum oratorio e a facundia academica, são meios seguros de successo; onde a contradicção e a inconsequencia, a falta de franqueza e a audacia, erigidas em prudencia e moderação, estão perpetuamente na ordem do dia. (5)

Mas importa não esquecer que na producção dos nossos males figura em grande parte a complicidade do povo. Na balança da imparcialidade historica, não sei o que pesa mais, se os abusos do poder, ou os desleixos da liberdade.

Parece-me possivel conceber, como sciencia real do governo, alguma cousa de menos que os schemas racionaes

---

(4) *Verwaltung, Justiz, u. Rechtsweg...* pag. 17. Berlim, 1869.
(5) *Contradictions politiques... pag.* 222.

dos theoristas abstractos, e alguma cousa de mais que o rude traquejo material dos nossos homens de Estado. Nem se pense que esse apêgo opiniatico á ideia de um governo parlamentar pelo qual clamam e combatem muitos vultos salientes do imperio, é sufficiente para alistal-os na classe de politicos instruidos. Ao contrario, tenho para mim que essa mesma pretenção, destituida de base scientifica e sustentada com vulgar talento, offerece a justa medida do que são e do que podem.

A sciencia politica existe de certo no conhecimento profundo dos homens e das cousas, a que se trata de dar direcção. Ella não é um complexo de verdades feitas e guardadas nos livros, mas um systema de verdades que se fazem, que se colhem de dia em dia, deduzidas pela logica inexoravel dos acontecimentos; a qual, como a Diana da fabula, tambem tem o seu nome celeste, o grande nome de Deus ou de Providencia.

A sciencia do governo assenta em principios; mas estes principios são factos geraes da ordem moral, as paixões, os costumes, as ideias dominantes, que importa conhecer a fundo para dar-lhes o caminho que demandam.

E penso com Edmond Scherer que o meio de dirigir, nas sociedades modernas, não é persuadir discutindo, é conciliar obrando. Não se convencem os espiritos, senão por uma iniciativa, grande, fecunda, sempre nova. E' mister marchar adiante, para se fazer seguir; arrastar, para conduzir; assombrar, para subjugar.

Difficeis, mas indispensaveis condições estas do governo dos homens, pois que assim é exigir a fusão de talentos vastos em caracteres fortes, o justo equilibrio entre vontades de ferro e intelligencias de ouro. E' inutil accrescentar que nada disto nos coube em partilha.

Qualquer que seja o sentimento que se prove, ao contemplar as excellencias da patria, figurando-a cheia de vida, palpitante de esperanças e rica de cabeças que podem eleval-a ao nivel de outras nações, é preciso ter animo de acabar com semelhante illusão, e reconhecer emfim que não passamos de um pobre povo, estragado, abatido, inconsciente, digamos tudo de uma vez, um povo sem ideial.

E' verdade que acham echo em o seio de muita alma generosa as promessas do futuro; e a mocidade brasileira, em estado de florescencia, embriagada do seu proprio perfume, ergue a cabeça altiva e cuida aspirar não sei que aroma do céo. Reflictamos porém um pouco mais, e convencer-nos-hemos que nos sobram motivos de ser bem modestos e pouco faceis em acreditar no primeiro propheta que nos appareça.

Em face pois das circumstancias, a que o Brasil se acha reduzido, é evidente que as ideias inglezas, quanto á ordem do governo, não podem produzir salutares effeitos.

Não é que eu queira fazer de semelhante fórma politica o ideial supremo, que os povos vão attingindo, á medida que se tornam mais adiantados.

Esta ideia, que não deixa de ter partidarios insignes e occupa algum lugar no espirito e nos livros dos pensadores inglezes, é apenas excellente para alimentar a nossa fatuidade. A grei dos publicistas e oradores liberaes, que nos regalam todos os dias com os seus sonhos de monarchia parlamentar, não cança de nos pintar, a seu modo, as maravilhas do *self government*. Não se lembra porém de que o *self government* tem por adjunto a *self reliance*, o sentimento da confiança em si mesmo, no proprio esforço de cada um; e este sentimento é de tal natureza, que não se desperta facilmente na alma de um povo esmorecido por sua má educação politica.

O que dá vida e força a uma sociedade, não são os trabalhos e cuidados do seu governo, por mais justo e regular que elle se mostre. A liberdade, que é principio essencial da ordem publica, encerra alguma cousa de analogo á alma humana, no systema dos animistas: dá-se um corpo, articula-se, organiza-se a si mesma. Para ser util e efficaz, ella deve ser semelhante a certos agentes chimicos, que só se encontram na natureza em estado de combinação.

A Inglaterra comprehende altamente esta verdade; e aquelle importante agente do mundo moral se acha alli sempre encorporado a todas as grandes manifestações da actividade individual e collectiva; nunca, porém, como

entre nós, disseminado e solto em vagas aspirações e anhelos indolentes. Quem já não ouvio dar e não deu por sua vez á Inglaterra o titulo de egoista?

Pois importa dizer que o titulo é incabivel, se se attende que o espirito incansavel de associação, caracterisador daquelle povo, esta nobre faculdade do individuo combinar e harmonisar os seus com os interesses alheios, e concorrer assim para o bem geral, é o que ha de mais opposto á ideia do egoismo. Egoistas somos nós, por exemplo, é a nossa sociedade, onde as forças individuaes não se aggregam para formar qualquer todo, pelo receio que cada um tem de comprometter-se *trabalhando para os outros*.

Egoistas somos nós, é a nossa sociedade, onde os homens não dobram o sentimeuto da vida propria com o sentimento da vida commum ; e por isso não podem resistir nem protestar contra a tyrannia das cousas e a pressão das circumstancias.

O regimen parlamentar dos inglezes é um regimen segundo as leis e por meio das leis.

O que nós praz designar pelo nome de constitucional alli é simplesmente legal. As leis porque se regula o exercicio da autoridade publica, têm adquirido uma extensão crescente desde o tempo da *Magna Charta*. O direito administrativo inglez, baseado em innumeros estatutos do parlamento e milhares de leis, forma a parte desconhecida da constituição do Estado, sobre a qual foi que Blackstone escreveu uma introducção.

O que mais importava conhecer da organisação politica, foi justamente aquillo que se deixou de lado.

Como os proprios juristas nacionaes, que têm a procurar nos papeis do parlamento, em numero de mais de dois mil in folios, a materia e os motivos das leis vigentes, não podiam accommodal-os á comprehensão do estrangeiro, só restava, para seguir-se, este alvedrio :—considerar não existente a porção desconhecida do direito publico inglez.

D'ahi resultou que todos os trabalhos de cultura e transplantação se concentraram no que havia de mais superficial. Dest'arte, a composição das duas camaras,

direito eleitoral activo e passivo, os modos de eleição, os direitos do parlamento, sua influencia sobre o gabinete... eis o que tem occupado, desde os tempos de Montesquieu, a sociedade européa.

Montesquieu mesmo, que deu o primeiro exemplo de admiração e adherencia ao systema de governo britanico, deixou-se arrebatar pela contemplação do exterior, não podendo proceder á analyse interna do edificio. Mas tambem é certo que o celebre auctor do *Espirito das Leis*, convertendo em doutrina os estudos incompletos que fizera de tal regimen, com omissão dos elementos mais importantes, como... a marcha evolutiva do todo social, o *self government*, as relações da justiça com a administração, os controlles ou syndicancias de direito,... é certo, repito, que deste modo concorreu, não pouco, para as creações grotescas do direito publico moderno.

E póde-se affirmar que a sua autoridade teve má influencia nos proprios publicistas inglezes a quem presentemente apraz fallar-nos de *executivo e legislativo, equilibrio de poderes*, etc.; expressões de todo estranhas ás leis fandamentaes do seu paiz.

Publicistas inglezes, disse eu. Era *commentadores* que devia dizer. Os escriptos relativos á materia governamental que venham da Inglaterra, não podem ser, em regra, outra cousa senão commentarios. Quando mesmo algum escriptor, Stuart Mill, por exemplo, trata de elevar-se á esphera dos principios, com apparente abstracção da terra e do meio em que vive, a somma do seu trabalho para quem sabe ler, é sómente apresentar o proprio governo de sua patria um pouco idealisado. Não admira que assim aconteça; esta illusão é muito natural.

O que porém me parece estranhavel e ridiculo, é a pretenção de fundar, por outras partes, um estado de direito mais ou menos adequado ao typo inglez, onde quer que se applique a theoria respectiva.

E, o que mais espanta, semelhante ideia tem sido rebelde á voz da experiencia. Ella viaja ha muitos annos; ella tem pois uma historia, que se póde concisamente narrar.

Ao rebentar a revolução franceza, os pedaços conhecidos da—*Constitucional Law*—eram tidos na conta de verdades politicas perfeitas ; as quaes, entretanto, mal poderam pouco tempo servir de barreira á tremenda irrupção dos interesses sociaes. Como barreiras doutrinarias, foram logo postas de lado, para abrir caminho ao governo de Napoleão.

Com a queda do sublime déspota, quando a classe interessada da nova sociedade apossou-se da autoridade publica, volveu de prompto as vistas para a doutrina tradicional. A ideia ingleza do governo, segundo a lei, foi substituida pela ideia diversa de um regimen do Estado, segundo as deliberações camararias. O constitucionalismo francez, que depressa adquirio no velho e novo mundo a importancia de uma especie de *jus gentium*, levantou a sua obra não sobre a baze da responsabilidade do governo, conforme as leis do paiz, mas tendo por fundamento a responsabilidade dos ministros, que em geral não póde passar de uma fôfa materia de discussões estereis.

Ora, foi precisamente a esta ordem de ideias que B. Constant, prestou o seu grande contingente de logica sagaz, como tambem de romantismo proprio da época. E' mister, quando hoje alguma vez se tem de fallar desse nobre espirito, para proteger com seu nome uma ou outra theoria, é mister ser um pouco mais psychologo, mais conhecedor da natureza humana.

Os francezes, que formaram o prefacio deste seculo, não eram difficeis de accommodar, em ponto de raciocinio Neste mundo tudo se prende, tudo se relaciona. A sociedade que estremeceu de convicta ante o *Genio do Christianismo*, como o verbo supremo da sciencia christan, sem duvida estava nas melhores condições de acolher os argumentos do fino publicista, como a ultima expressão da politica liberal.

«O liberalismo e a poesia da restauração, diz alguem, existem na lembrança daquelles que os saborearam em seu tempo, como um desses bellos sonhos da mocidade, nos quaes, cheio de illusão e de fervor, o homem se lança de olhos feixados, á conquista do futuro.» Não é tudo.

Parece que o espirito humano tem se tornado mais serio e mais exigente.No decurso dos ultimos cincoenta annos, não basta dizer que a humanidade deu um grande passo ; releva confessar que o pensamento, a logica mesma se revestio de mais fortes armaduras. Aquillo que outr'ora podia parecer decisivo, convincente, irrespondivel, hoje se mostra, em grande parte, quasi frivolo e banal.

E' o que se dá com a theoria constitucional de B. Constant, no que tóca ás prerogativas da realeza. Que accentos de convicção !... que lucidez !.... que firmeza de principios !... mas tambem que futilidade ! Não se escreve em semelhante assumpto cousa alguma de mais vivo, nem tambem de mais inutil.

« Eu creio que a minha obra, dizia o publicista, tem uma vantagem : ella demonstra que a liberdade póde existir completa sob uma monarchia constitucional. » Infelizmente a vantagem não era das melhores. « A obra demonstra », nada importa, se a cousa não è de demonstrar, porém de realizar,....« que a liberdade *pode* existir.... » oh ! .... galante ! Desde que se entra nos dominios do possivel, quem nos prohibe suppor a perfeita harmonia dos contrarios ?

Ainda uma vez : « a obra demonstra que a liberdade póde existir sob uma monarchia constitucional.... » mal se contem o desejo de responder : obrigado ! A liberdade existe de facto na monarchia ingleza, para ser observada e admirada. Como objecto de experiencia, está livre da alçada de qualquer demonstração. O que porém, fóra d'ahi, se concebe, como *podendo* existir, já não é a liberdade real, que se observe neste ou naquelle povo ; é apenas a sua sombra, o seu nome, pois que se trata de uma liberdade generalisada, um simples conceito logico, uma pura fórma intellectual.

Ensinam os philosophos que uma cousa é impossivel, quando involve contradicção, quando ella repugna a uma lei estabelecida. A insufficiencia deste principio abre caminho ao erro. Acontece que, por tal criterio, os thesouros do possivel são tanto mais profundos, quanto mais curto é o diametro da nossa intelligencia.

A falta de contradicção, que se descobre em um objecto, nasce muitas vezes de que não se tem delle perfeito conhecimento. Quanto menos se conhece a natureza das cousas, tanto mais facilmente se concebe que ellas possam ser de qualquer maneira. Assim esta phrase bem vulgar: *para Deus não ha impossivel*, que equivale á dizer: *para Deus não ha lei*, *para Deus não ha ordem*, é a formula suprema da ignorancia humana. A' proporção que as sciencias caminham, e as cousas se coordenam, diminue sensivelmente o imperio absoluto da possibilidade.

Um exemplo: o homem sem cultura crê piamente que é possivel a queda das estrellas sobre o nosso planeta quando o sabio competente tem motivos para rir-se de semelhante illusão. Outro exemplo: eu que traço estas linhas, não acho difficuldade alguma em admittir que a terra possa ter o decuplo do seu tamanho e, com tudo, occupar no espaço a mesma posição. Mas isto seria possivel? Minha ideia, perante a sciencia, não importaria um disparate?

Ora pois; ha um grande numero de iguaes juizos, que são outras tantas supposições gratuitas de penetrar no fundo da natureza, e nesta intimidade conhecer-lhe todos os movimentos. Não se atina um só instante que o que nós concebemos, como podendo ou não podendo ser, traz no intimo talvez uma contradicção invencivel.

Dest'arte aquelles que acham possivel entre nós a realisação do regimen parlamentar inglez, estão bem certos de que a sua ideia nada encerra de contradictorio? Podem assegurar que semelhante pretenção não é inteiramente opposta á natureza dos dous objectos que se querem conciliar?.... Em uma palavra, esta possibilidade não estará no caso de muitas outras, filhas sómente das noções incompletas que se têm a respeito?... Eis tudo.

Pelo menos é incontestavel que as cópias tiradas do governo da Inglaterra, para servir-me de uma comparação baixa, mas expressiva, são mata-borrões, onde se podem lêr os caracteres do modelo, porém todos ás avessas. O que faz a consistencia desse governo, seu gradual

crescimento por seculos de provanças, tudo falta para dar vida ás creações theoricas.

E' o que nos diz Gneist: « Diese gesetzliche Regelung beginnt mit der Magna Charta, schreitet mit jedem Jahrhundert weiter, unterwirft im 16. und 17. Jahrhundert auch die Kirche den Normen und Schranken der Landesgesetzgebung und bildet im 18. und 19. Jahrhundert das specializirteste Verwaltungsrecht in der europaeichen Welt, welches die constitutionellen Theorien standhaft ignorirt haben. »

Mas é tempo de entrar na apreciação das obras mencionadas na frente deste escripto.

III

Logo em principio: o livro do Sr. Zacarias é curioso e digno de reflexão. Bem o podemos considerar um grande motivo de desesperação para o nosso paiz.

Não conheço uma prova mais cabal da nossa esterilidade. O autor é realmente, como dizem, um talento de primeira ordem, uma estrella de primeira grandeza. Todavia, depois de muito affeito aos negocios politicos, depois de dez annos de magisterio, depois de exercitado nas praticas do governo representativo, sem duvida com uma grande provisão de leitura, aos cincoenta annos de idade, veio emfim offerecer-nos, como fructo de seu talento e de sua sciencia, o pequeno livro sobre o poder moderador! Livro sem seiva, pallido, inanido de ideias, através do qual não corre uma só veia daquelle puro sangue, que distingue a raça dos deuses, os heróes do pensamento.

Isto é desanimador. Com effeito, se a politica, entre nós é capaz de absorvêr todas as aspirações e pôr a seu serviço todos os grandes talentos, paréce que em compensação deviamos ter, nesta ordem de ideias, os espiritos mais largos, os mais fortes pensadores. Tal porém não acontece. As eminencias do Estado não se mostram bem

distinctas; as cabeças dirigentes mal se elevam acima do commum.

E creio que não posso offerecer, no caso, exemplo mais tocante do que o livro que tem por titulo: *Da natureza e dos limites do poder moderador.* E' certo que o autor não se propoz vasar em tão pequeno molde todas as riquezas de sua intelligencia, e haveria iniquidade, apresso-me em dizel-o, da parte de quem quizesse vêr nesse escripto a producção mais vigorosa, de que o mesmo autor é capaz.

Mas é igualmente exacto que quando se escreve da abundancia da alma, com a firmeza das convicções, qualquer que seja o assumpto, bem como a extensão que se lhe dê, um espirito profundo sempre deixa alguns signaes da sua passagem. Nem se opponha que aquillo è um ensaio. Nada importa. Pelo tamanho de uma só penna se póde avaliar o tamanho da ave, que a deixou cahir.

Mesmo voando rente com a terra, é possivel mostrar que se tem azas de aguia. Não ha pois demasiada exigencia em querer encontrar mais força e mais largueza mental no escriptor brasileiro.

Escriptor!... é dizer muito. O Sr. Zacarias não pertence a esta classe. Póde ser considerado um distincto orador parlamentar, um notavel *debater*, como dizem os inglezes; mas não é um escriptor. O mister de escrever póde ter para elle todos os attributos de uma funcção, elevar-se mesmo á altura de um nobre cargo de um homem politico. Não chega porém a ser uma arte, a mais difficil de todas as artes.

E' verdade que, ainda neste ponto, o digno senador não se acha só. Tem a seu lado uma bôa companhia de homens d' Estado como elle, parlamentares como elle, advogados como elle, e como elle, em fim, maus escriptores.

A politica do Brasil, tem-se dito muitas vezes, gasta, abate, corrompe os caracteres. O que eu sei de melhor e de mais visivel, é que ella estraga e nullifica as intelligencias. Lá em cima, todos os esforços do talento, como talento, querem dizer: chicana, sophisma, impertinencia. E tudo isto se exprime por uma só palavra: esterilidade.

O Sr. Zacarias, na segunda edição de sua obra, incorporou ao trabalho primitivo, sem rasão plausivel, alguns discursos proferidos na camara temporaria. Foi uma ideia de mau gosto, que só servio para pôr em maior relevo a tibieza do escriptor.

Ninguem ignora que um discurso não é feito para ser lido. Entretanto, os pedaços oratorios intercalados no volume são mais legiveis do que todo o escripto. Ha nelles uma certa viveza, que interessa; e, o que é bem notavel, alguma cousa de transparente, que deixa vêr as qualidades do homem, de um modo mais definido, do que nos estirões escriptos de suppostos raciocinios.

Dizer que o autor é do numero d'aquelles que escrevem como fallam, seria dizer que escreve muito mal; e, todavia, falla melhor do que escreve.

Não obstante, importa reconhecer que o livro referido, se por si só não constitue, marca ao menos uma phase na marcha lenta e difficil de nossas ideias governamentaes. Provocando a contradicção, deu logar a lucta, e pela lucta, á descoberta da fôfa liça em que pizam os combatentes de ambos os lados. Isto é pouco? Pois é tudo.

Não ignoro que a critica moderna tem o dever de chegar até aos limites da psychologia. Não basta dar a conhecer o autor; é preciso ainda conhecer o homem. Porém creio que deixar-me-hão pôr de parte esse trabalho. Elle seria mesmo pouco iustructivo. Basta-me saber que o Sr. Zacarías é um politico honesto. A mobilidade do seu espirito parece ás vezes comprometter a firmeza do seu caracter, que alias é digno de respeito.

Um escriptor francez, fallando de Royer-Collard, diz que o grande orador era um homem de fortes convicções, mas na frente dessas convicções se achava a persuasão de sua propria superioridade. Taes palavras podiam ser inteiramente applicaveis ao nosso estadista, se a igual persuasão elle juntasse uma semelhante robustez e gravidade intellectual.

A questão que o nobre conselheiro propôz-se resolver, é a da responsabilidade ministerial pelos actos do poder moderador. Depois de algumas palavras que têm por fim

fazer conhecido o estado della, o primeiro ponto de discussão é este: *O que é o poder moderador?* Tal se inscreve o paragrapho inicial da materia.

Parece-me evidente que, em face de semelhante epigraphe, não ha quem deixe de esperar uma apreciação em regra. O leitor menos exigente presume logo que alli se lhe vae abrir a grande porta, que conduz ao interior da questão. Isto mesmo é confirmado pelo proprio titulo da obra.

Pois bem; vejamos. Que é o poder moderador? Para responder, o Sr. Zacarias começa por citar os arts. 98 e 99 da constituição. Refere em seguida umas palavras de Guizot, e faz notar a bem conhecida inspiração, que o nosso legislador constituinte recebeu de B. Constant, não sómente nas ideias, como até nas proprias palavras. E sem demorar-se em cousa alguma, se limita a mencionar o art. 101 e seus paragraphos. Feito isto, assim se exprime: « Conhecida a natureza do poder moderador, ou o complexo de attribuições que o constituem, resta averiguar... etc.»

Eis ahi o que não me parece desculpavel. O publicista não vio que, sem querer talvez, estava zombando dos seus leitores.

Se isso que lhe apraz chamar natureza do poder moderador, está contido unicamente n'aquelles artigos citados, poderamos responder-lhe: obrigadissimo! Todos sabemos que esse poder, com as suas attribuições, se acha definido na constituição. Questionar sobre o que elle seja, importa justamente saber o que seja essa cousa de que tratam os arts. 98 e 101. Não é um appello que se faz á memoria, é um appello que se faz á rasão.

Conhecer a natureza de tal poder não é o mesmo que conhecer o que dizem os referidos artigos.

Em uma palavra, se o presente assumpto merecesse entrar no quadro de uma sciencia, o problema a resolver seria este: dado o poder moderador, como elle se acha definido nos arts. 98 e 101 da constituição, mostrar qual é a sua natureza. Tanto basta para comprehender que o Sr. Zacarias deixou-se cahir no mais estranho *idem per idem*. Não é tudo.

Mas antes de proseguir, julgo precisa uma observação. As palavras de Guizot, citadas pelo autor, em apoio da opinião qne faz de Benjamin Constant o nosso inspirador, têm ás vezes servido para outros mistéres. Não falta quem de continuo as relembre, no sentido de provar a sabedoria da Carta brasileira, reconhecida por um grande homem.

Ha porém completo engano. Em primeiro lugar convinha não esquecer que Guizot se exprimia daquelle modo, em uma época, se assim posso dizer, de profunda fé constitucional. Era na força do periodo feitichico de céga adoração votada ás paginas da *Charte*.... A monarchia restaurada não duvidava do seu futuro. O constitucionalismo francez, depois de 1815, não tinha ainda recebido dos factos o primeiro desmentido.

Que lances de intuição penetrante podiam ter espiritos abafados n'aquella atmosphera de formulas e theorias abstractas? Por outro lado, a nossa constituição contava apenas cinco annos de vida. Era então que se poderia formar a respeito do seu merito um juizo competente, e que ainda hoje sirva de guia?

Além disto, nas proprias phrases de Guizot ha um equivoco notavel. Elle diz que a ideia de B. Constant, quanto ao poder neutro, passou rapidamente dos livros aos factos, por isso que no Brasil D. Pedro I fizera della a base do seu throno.

Mas desta vez o philosopho andou pouco acertado. Essa passagem dos *livros aos factos* é uma perfeita illusão. A simples cópia de um principio theorico em um artigo de constituição, não quer dizer que se tenha realisado ideia alguma. Isto é apenas passar de um livro para outro livro, sem que deixe de ficar em estado de pura theoria. Quer na obra de Constant, quer na do rei constituinte, a questão existe ainda para se resolver.

E justamente no empenho de resolvel-a é que têm apparecido publicistas, como os Srs. Zacarias, Uruguay e Braz, a dar testemunho, não só do pouco valor da sua sciencia, como tambem do anachronismo da questão.

E' para vêr o serio inalteravel, com que o Dr. Braz escreveu um grosso volume de 597 paginas sobre

este magno assumpto: o poder moderador! Não conheço abundancia mais esteril. O visconde de Uruguay, que deu entrada á controversia no seu *Ensaio de Direito Administrativo*, não é menos interessante pelo tom decisivo e austero, com que pareceu querer, por uma vez, feixar o debate.

O nobre visconde tinha os defeitos proprios de um legista: dogmatismo, attitude magistral, e pouca ambição de descer ao fundo. Todavia, em relação aos dous outros autores, o visconde de Uruguay tinha um merito de mais: escrevia melhor que qualquer delles. Não obstante a frieza do direito e exegése constitucional, facilmente se nota que o seu espirito era mais affeiçoado ás cousas litterarias. Ha periodos mais fluidos, ha mesmo mais vigor em sua maneira de escrever. Digo — sua maneira, porque, com tudo isso, haveria exageração em fallar do seu estylo.

Quanto porém ao Dr. Braz encarado como escriptor, vacillo sobre o que deva dizer. O illustre finado era uma dessas intelligencias médias, que, se sentindo incapazes de aguentar o peso do seculo, entregam-se a uma especie de ascetismo scientifico, onde aliás não ficam de todo esquecidas.

O Dr. Braz era um homem convencido e sincero em suas convicções. Mas aborrecia o progresso e comprazia-se nas sombras. Escrevendo ou fallando, na imprensa ou na cadeira, que honradamente exercia, alguma cousa o incommodava: como que uma restea de sol invisivel vinha sempre bater-lhe na fronte. Era o ideial dos tempos modernos, que elle não comprehendia, nem julgava possivel que alguem comprehendesse.

O erudito lente da Faculdade de Direito do Recife não podia ser o que se chama um escriptor. Tinha a fibra litteraria pouco sensivel, para render culto aos segredos e bellezas da arte de escrever. Seus trabalhos não se recommendam por nenhum dos caractéres que têm as obras duradouras. Todos elles são hoje quasi illegiveis. No livro porém consagrado á questão que nos occupa, e que é talvez a obra mais caracteristica do seu talento, devo confessar que existem paginas bem aproveitaveis.

Já notei que o Sr. Conselheiro Zacarias, parecendo querer discutir a materia do seu livro, senão como philosopho, ao menos como publicista, para dizer-nos o que é o poder moderador, se tinha limitado a pouco mais do que nada.

O Dr. Braz como que tentou supprir as lacunas, e cahio no extremo opposto. Com o fim de provar que o referido poder é um producto racional, deduzido da natureza do governo, não duvidou partir de bem longe. Quiz derivar a ignorancia da sua fonte mais elevada.

Quanto a mim, creio que a cousa póde ser discutida de um modo muito mais simples. Quando se diz que o poder moderador foi um fructo da rasão e da logica, é mister não esquecer que esta rasão e esta logica pertenciam a certos homens, e estes homens a uma certa época. Em outros termos, a theoria em questão não póde ser considerada á parte do espirito que a concebeu, nem do meio social, em que ella se produzio. As ideias tambem têm a sua biographia. O que se acostuma ás vezes chamar a força da logica, é apenas a necessidade dos tempos.

Os creadores e primeiros apostolos da ideia do poder moderador eram homens que tinham visto a revolução mentir e faltar a todos os seus compromissos. No meio das mais duras decepções, houve mesmo um instante, em que Israel recordou-se do Egypto; a sociedade franceza volveu os olhos para atraz. E pouco a pouco as instituições foram parecendo menos odiosas. Todas as forças moraes da nação começaram a reagir contra tudo que se havia feito, pensado e dito, depois de 89.

A politica de Napoleão, que não foi mais do que a revolução reduzida ao absurdo, trouxe ainda este mal incalculavel: fez que os grandes anhélos do tempo, não tendo um ponto de apoio no futuro, se aferrassem ao passado. Veio assim a necessidade de conciliar as tradições com as aspirações, porque, a despeito de tudo, o espirito moderno não permittia a repetição completa do antigo regimen.

E' então que a realeza vae tornar-se, por sua vez, um objecto de estudo, um assumpto de sciencia, e chega-se a concluir que a monarchia constitucional é quasi a unica

fórma de governo applicavel a um povo sensato. A ideia do poder neutro, tal como foi exposta por B.Constant, nasceu sob a influencia destes prejuizos e destas contradicções.

Qual será, pois, a sua natureza?!... Voltemos ao escripto do Sr. Zacarias. Já se sabe qual é a questão. Elle sustenta que os ministros, em todo caso, devem responder pelos actos do poder moderador. E esta opinião é acompanhada deargumentos e considerações, que sem duvida hão de ter muita força na consciencia do autor.

Deixo por instantes de lado a ordem natural do livro e vou collocar-me, se assim posso dizer, no coração do debate. Eis aqui: «Todas as theses da constituição, diz o Sr. Zacarias, relativas ao poder moderador, são, como se vê, dominadas por aquella que solemnemente declara a pessoa do imperador inviolavel, sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma. Ora, diz o bom senso que declarar (em paiz livre) irresponsavel uma pessoa, a quem se confiam tão transcendentes funcções, implicaria grave absurdo, se a sua inviolabilidade não fosse protegida pela responsabilidade de funccionarios, sem os quaes não podesse levar a effeito.»

Este pedaço é de uma fraqueza pueril. Além do argumento do *bom senso*, que prova de mais, que serve para tudo e para nada ao mesmo tempo, salta aos olhos a petição de principio, formulada nesse raciocinio.

Ella não escapou á justa censura do visconde de Uruguay. Mas não é isto que admira. O Sr. Zacarias não está isempto de commetter um paralogismo, como não estão as mais profundas cabeças. O importante é que o nosso publicista, respondendo ao seu contendor, e para provar que não tinha violado a logica, estabeleceu de novo o argumento censurado, porém, custa dizel-o, tornando o erro ainda mais patente.

Aqui o temos. E' uma especie de *sorites*: « O primeiro principio da monarchia representativa é a inviolabilidade do monarcha. A inviolabilidade do monarcha suppõe que elle só póde fazer o bem e nunca o mal. O presupposto de fazer o rei só o bem e não o mal é uma ficção do systema representativo. Essa ficção legal da monarchia representativa implica necessariamente, a ideia de serem

os agentes do principe responsaveis pelo mal que appareça em qualquer acto da realeza... » Basta, basta ; ahi vem a mesma petição de principio.

O que se questiona é, por certo, se a inviolabilidade do monarcha brasileiro *implica necessariamente a ideia de serem os seus agentes responsaveis pelo mal que appareça* nos actos do poder moderador. Bem entendido : no caso de admittir-se que o mal possa apparecer, pois que para alguns isto mesmo constitue uma questão.

Em seguida diz ainda : « Agentes responsaveis na monarchia constitucional são essencialmente os ministros, etc.» Novo paralogismo ; porque se admittindo, sem contestação, que os ministros do Brasil são essencialmente agentes responsaveis pelos actos do poder executivo, quanto ao mais, é justamente o que está em questão.

Continúa o publicista : A constituição do imperio adopta e consagra esses principios cardeaes do regimen representativo. (6)

Mas *esses principios e essa adopção* não formam precisamente o maior objecto do debate ? Ainda o paralogismo ; oh ! em nome da logica, é mister chamar o Sr. Zacarias á ordem !

Insisto neste terreno, que é fecundo de bôas verdades. Uma cousa são os principios feitos ; outra cousa os principios que se fazem ; uma cousa as leis geraes estabelecidas; outra cousa as que se querem estabelecer. Quando surge uma questão particular, não ha petição de principio em procurar esclarecel-a, em face de premissas que se não contestam. Ha porém questões que uma vez originadas compromettem os mesmos apparentes principios, d'onde se diz que elles emanam.

Eu me explico.

E' claro que, por exemplo, sendo posta em questão a mortalidade de Seth, desde que Seth é um homem, não haveria paralogismo em lembrar a proposição geral, que todos os homens são mortaes. Porém a rasão é que aqui se trata de uma lei sem contestação, de uma verdade que fatalmente se impõe.

---

(6) *Da natureza e dos limites do poder moderador*, pag. 162.

O engano vem d'ahi. Confrontando com estes e outros exemplos de uso commum argumentos mal seguros, como os do Sr. Zacarias, julga-se perfeito o que realmente está fóra das regras de bôa logica, E' preciso abrir mão das antigualhas da escola. Encaremos as cousas com mais interesse de saber o que ellas encerram.

Vou tomar um exemplo, menos corriqueiro. Eu leio na historia natural que todos os cães são ladradores. E' uma verdade corrente, uma these incontestada da sciencia respectiva. Mas alguem vem dizer-me: eis aqui um cão que não ladra; o que significa: é falso que todos os cães sejam ladradores. Nesta conjunctura, a questão suscitada sobre o facto particular envolve o proprio facto generalisado. Tentar resolver um pelo outro é futil e pueril. Releva, pois, antes de tudo, saber distinguir as opiniões mais ou menos correntes dos dados regulares da legitima inducção.

Eu disse que uma cousa são os principios feitos, e outra cousa os principios que se fazem. Nada mais exacto. Sómente as verdades feitas, as leis verificadas podem servir de premissas, sem perigo de paralogismo. Desde que uma verdade não está firmada, ella não póde sustentar o peso de um raciocinio. Todo erro provem de prestar-se muitas vezes um caracter axiomatico a meras maximas, regras, formulas estreitas, destituidas de valor scientifico.

Assim, quando o Sr. Zacarias diz que o presupposto de fazer o rei sempre o bem, implica a ideia de ministros responsaveis, a illusão é manifesta. Elle dá isto como um principio indubitavel, quando é apenas uma opinião, a sua propria opinião no assumpto debatido. Concedo mesmo que seja uma maxima, uma regra geral do direito politico. Ainda assim nada aproveita. A questão suscitada sobre os actos do poder moderador presuppõe que não se acceita a regra opposta.

Citar a maxima geral, afim de resolver a questão particular, que a involve, é perfeito paralogismo. Nem se diga que o mesmo deve acontecer a todos os argumentos da especie; não. Eu nego, por exemplo, que este ou aquelle animal tenha pulmões. Não se segue d'ahi que,

sendo elle um mammifero, eu conteste a lei, pela qual todos os mammiferos respiram por esses orgãos. Ha um meio termo : posso ignorar que o animal em questão faça parte da classe.

Quem quer que diante do retrato de Ram Mahun-Roy, o brahmine reformador, sustentasse que elle era um negro, não contestava por isso que os *Aryas* fossem brancos. Podia desconhecer a procedencia do typo. Eis porque a força probante do syllogismo está na menor.

Mas veja-se agora a grande differença. Quem nega que os ministros sejam responsaveis pelos actos do poder moderador, não ignora que estes actos pertencem á realeza. Seria até ridiculo suppôl-o. Entretanto, a controversia existe ; qual é o seu objecto ? Desde que se contesta que o poder moderador implique a responsabilidade ministerial, por isso mesmo tem-se contestado o valor da maxima invocada. Fazer della uma base de argumentação é altamente censuravel.

Supponhamos que alguem diga : os americanos tambem tiveram o seu Adão. Será justo responder-lhe que tal não póde ser, porque a especie humana é *una*? Fôra isto resolver a questão com ella mesma. Neste gosto é o raciocinio do Sr. Zacarias.

Ha quem sustente : os ministros no Brasil não são responsaveis pelos actos do poder moderador. Elle replica : não se póde admittir ; por que os ministros nas monarchias constitucionaes são agentes responsaveis de todos os actos da realeza !

E' soberbo ! Entretanto, bastava que o nosso publicista se lembrasse da theoria logica das proposições contradictorias, para ver de prompto o seu erro.

Dizer que na monarchia brasileira, em face mesmo da constituição, os ministros não respondem pelos actos do poder moderador, é contradizer que os ministros em geral, nas monarchias constitucionaes, sejam responsaveis por todos os actos da realeza. A proposição contradicta não póde pois valer-se de si mesma. O Sr. Zacarias que se mostra admirador das obras de Mill, parece que tiraria mais proveito, lendo o *System of Logic* deste autor, do que lendo os livros de politica.

Ha um meio efficaz de conhecer o merito real de certas obras: é banir o preconceito, e não ter a minima reserva. E' o que eu faço. Acabei de mostrar que o Sr. Zacarias, máu grado seu, reincidiu no argumento vicioso pelo qual fôra increpado. Terei sido exorbitante? Pois acho que fui omisso.

E proval-o-hei, analysando ainda uma vez o pedaço já citado. Vale a pena demorar-nos nesta pagina do livro, porque, de algum modo, ella offerece o resumo das ideias do autor.

Diz o nosso publicista: «O primeiro principio da monarchia representativa é a inviolabilidade do monarcha»...

Devo suppôr no honrado conselheiro uma certa cultura philosophica. Não me eximo pois de chamal-o para este lado. O Sr. Zacarias nos falla da monarchia representativa, como uma ideia geral, claramente definida. Ora, elle sabe, nem eu me incumbo de lembrar-lhe, como se formam as ideias geraes. Por outro lado nos affirma que a nossa constituição adoptou os principios cardeaes desse regimen. Assim pois, na mente do publicista liberal, os autores da Carta brasileira já encontraram uma sciencia acabada, um complexo de verdades universaes, sobre cujos dados ergueram a sua obra.

Mas não nos illudamos; tratemos de dar a tudo isto o seu verdadeiro valor.

Deixarei primeiro notado que os modos de entender, subjectivos e pessoaes, de qualquer autor não formam sciencia alguma. No tempo em que se elaborou a nossa constituição, só havia, além da Inglaterra, a França dos Bourbons, que facultava a observação do regimen adoptado. Ora, dous factos unicos da especie não podiam fornecer materia generalisavel. Isto é claro e incontroverso.

Note-se mais: o que a França tinha então de commum com a Inglaterra, não era um attributo de si mesma, um producto espontaneo de sua natureza, mas uma imitação do proprio modelo inglez. Menos possivel se tornava a formação de uma ideia geral de monarchia

representativa. O certo é que a noção, embora incompleta, do governo britanico era o que havia de positivo na mente dos publicistas. Deste modo, observando um simples facto particular, generalisaram-no e subiram com elle ás alturas do absoluto. Esta ideia geral teria sido uma concepção scientifica? Não; foi uma concepção artistica. A differença é profunda, e merece ser apreciada.

O espirito humano é cheio de contrastes, outros diriam, de contradicções. Nós temos a faculdade de construir as ideias geraes lentamente e como por degraus, depois de observar um certo numero de cousas particulares, que apresentam qualidades semelhantes.

Ao lado desta faculdade, muito conhecida e exposta em nossas velhas philosophias, ha uma outra não menos importante. E' o poder, pelo qual, ante o primeiro objecto que de algum modo nos parece notavel, abstrahindo os caracteres accidentaes, elevamol-o de prompto á categoria de um exemplar perfeito.

Vê-se que são duas operações bem distinctas; ou melhor, são duas tendencias, em sentido quasi opposto, que não chegam a destruir-se, mas sómente a predominar uma sobre a outra. Ha sempre um pouco de arte na sciencia, como ha sempre um pouco de sciencia na arte.(7)

A faculdade de generalisar, que entra por força em todos os nossos trabalhos scientificos, tambem exerce um

---

(7) Esta ideia que me parece justa vae de encontro á opinião de um sabio actual. Heinrich Steinthal, de Berlim, diz terminantemente em um dos seus escriptos do *Zeitschrift fuer Voelkerpsychologie* (tomo 6°, pag. 325:), « A sciencia e a arte nunca se tocam, e não podem por isso estar jámais em contradicção uma com outra. Quando o pintor ou poeta nos apresenta uma paysagem, isto nada tem que ver com a geographia, com a geologia, com a botanica e a zoologia. »

Felizmente, o exemplo comprobatorio, que ahi propoz o illustre allemão, é contra elle. Se um pintor ou poeta nos fallar de *coqueiraes*, nas margens do Rheno, a geographia nada tem que vêr com esse disparate? Se outro nos apresentar uma *roseira* florida de *cravos* um *parreiral* fructificado de *nozes*, a botanica é a isto indifferente? Dir-se-nos-ha, talvez, que estas cousas são inadmissiveis, porque repugnam á natureza. Certamente :—repugnam á natureza, isto é, ao conhecimento que della temos; e este é sempre scientifico, em qualquer grau.

grande papel em nossas creações artisticas. Ahi reside o germen de um desvario, que não é raro apparecer. Os pensadores consideram verdades impessoaes, objectivas, o que é muitas vezes um modo de perceber da rasão individual, que se generalisa arbitrariamente.

Não contesto á intelligencia humana o direito de vêr as cousas e dar-lhes logo um valor typico, supprindo, de seu proprio fundo, as lacunas da realidade. Não lhe contesto o direito de traçar aos nossos olhos, não por exemplo a belleza em abstracto, nem a belleza por excellencia, nem tam pouco esta ou aquella belleza particular, mas a belleza em uma belleza, uma sorte de compromisso entre o real e o ideial.

E' o direito do poeta. Não é porém o direito do sabio, não é esta a funcção da sciencia. E aqui cheguei onde queria. A monarchia representativa, de que tanto se nos falla, não é uma ideia geral, um producto regular de generalisação. E' simplesmente um typo, e como tal, uma especie tambem de compromisso entre a realidade do governo inglez e as tendencias ideiaes dos publicistas.

Ainda se faz notar nas palavras do Sr. Zacarias um defeito capital. Depois de dizer que o primeiro principio da monarchia representativa é a inviolabilidade do monarcha, o honrado conselheiro affirma que este principio suppõe outra cousa, e esta uma terceira, etc. Deixa portanto de ser um primeiro principio. Foi um descuido pouco justificavel. (8)

IV

O historiador litterario, já eu o disse uma vez, que chega a occupar-se de productos da actualidade, quer se estenda a todos os dominios da vida intellectual, quer se limite a uma contribuição para a historia do espirito de um povo, nesta ou naquella fórma do seu desenvolvimento, acha-se de ordinario diante das quatro seguintes

(8) Até aqui a parte publicada em 1871. O que se segue, foi escripto mais de 10 annos depois.

ordens de phenomenos : obras *vivas* de autores *vivos*, obras *mortas* de autores *mortos*, obras *mortas* de autores *vivos* e obras *vivas* de autores *mortos*....(9)

Creio ter dito uma verdade. Mas essa posição não é exclusivamente destinada para o historiador litterario. O critico de qualquer genero póde tambem achar-se em uma semelhante conjunctura.

Quando iniciei este trabalho, ha cerca de doze annos já não existiam dous dos autores que me propozera analysar. Tempos depois desappareceu tambem o Sr. Zacarias. Hoje que volto a proseguir no trabalho interrompido, não tenho diante de mim senão livros e auctores da segunda categoria. Para que agora continuar nesse processo de *dissecção critica*, praticada sobre cadaveres, cujo estudo já não traz grandes vantagens?

Prefiro tomar outro caminho. O que ahi ficou escripto, é mais que sufficiente para dar a conhecer o valor dos tres publicistas, isto é, que bem pouco valem. A questão que elles tentaram resolver, e que eu considerara, logo em principio, indigna de occupar a attenção dos espiritos elevados, não deixou de ser, com toda a sua frivolidade, o ponto central do pensamento politico brasileiro.

Mas deve-se ponderar que nem sempre elle se agita com o mesmo grau de calor. O maior ou menor interesse que se lhe dedica, está de accôrdo com as exigencias da época, é sempre um resultado das chamadas *situações politicas*, por isso mesmo é que, parecendo adormecer nas quadras de governação liberal, ella se ergue de prompto, com a seriedade de um *to be or not to be* hamlettico, logo que os conservadores, segundo a velha metaphora, adaptada ao ponto de vista do cavallo e do cavalleiro, assumem as redeas da administração.

Infelizmente porém, não obstante o muito que se tem gasto de papel e tinta para a solução do problema, ainda nada existe, que eu saiba, definitivamente assentado. Consequencia naturalissima dos principios dirigentes daquelles que o suscitaram.

---

(9) *Contra a hypocrisia*, n. 11. pag. 89. (1879).

O liberalismo em geral, mas sobre tudo o liberalismo brasileiro, encerra alguma cousa de analogo ao messianismo judeu, encarado pelo seu lado infimo e prosaico.

As esperanças messianicas dos filhos de Israel, é facto sabido, mostravam-se tanto mais ardentes e indissipaveis, quanto menos prazenteira sorria-lhes a ventura. Logo que, porém, os negocios corriam á medida dos bons desejos, e o espirito commercial, inherente á raça semitica, sobrepujava por seus triumphos o espirito religioso, que dizem ser-lhe tambem inherente, então... adeus, Messias, adeus, esperanças e visões eschatologicas. O reino de Deus na terra já não era uma necessidade.

De igual maneira o liberalismo entre nós, que não passa de uma eschatologia politica, só faz ouvir as suas promessas de melhoramento, os seus gritos propheticos de abalo e renovação social, quando praz ao imperador arredal-o dos conselhos da corôa e distribuir com o outro partido o pão da vida governativa. Fóra disto, e quando no gôzo do conchego regio, adeus, liberdade, e bem assim todo o systema de illusões, que infloram essa palavra.

Este facto, que é de intuição vulgar, e que está no dominio publico, pois eu não faço mais do que referil-o a meu modo, explica o motivo porque a questão do poder moderador permanece em um perenne *status causæ et controversiæ*, completamente insoluvel, como resina na agua, ou como a velha questão metaphysica da união da alma e do corpo.

O espirito scientifico nada tem que ver com ella, que é um producto do espirito de partido, da *coterie*, da chicana opposicionistica; e como tal está sempre aberta no jardim da rhetorica parlamentar.

Entretanto, e para ser justo, convém declarar que, se nesse esteril e inglorio luctar *pelas barbas do rei*, existe algum lado serio, são os publicistas conservadores quem o representa. As outras vinte faces da questão, irrisorias ou frivolas pertencem aos homens da escola opposta.

Aquelles têm em seu favor, pelo menos a coherencia do proceder, a logica do caracter. Não admittem que se

ponha limites, de qualquer natureza que sejam, á irresponsabilidade do seu monarcha, do mesmo modo que um catholico não os comprehende traçados á infallibilidade do seu papa. Isto é ser tôlo sem duvida, mas tambem admiravelmente sincero em sua tôlice. Os liberaes porém é que no caso mais se assignalam pela falta de senso, pelo desproposito da sua doutrina.

Com effeito, ha uma cousa peior do que escrever, como o Dr. Braz, um volume enorme cuja completa leitura é um acto de heroismo não commum e onde todas as nove peças do poder moderador são desmontadas e analysadas com o mesmo religioso interesse e no mesmo estado de genuflexão, com que um theologo desmonta e analysa as hypóstases divinas.

Sim, ha uma cousa peior do que isso, é fazer, como o Sr. Zacarias, um livro academico, onde a pobreza das ideias corre parelhas com a trivialidade da linguagem, no intuito de provar que o imperador não é o imperador, superior epreexistente a todos os poderes politicos, como fel-o a constituição, porém sómente aquillo que o publicista liberal queria que elle fôsse, isto é, um grande *nada* no estylo do *proto-constitucionalismo britanico*, um capitel sumptuoso, mas tambem inoffensivo, da columna do Estado.

Quer de um, quer de outro lado, é innegavel, a sciencia não aufere o minimo proveito; com tudo está fóra de qualquer duvida séria que a posição do publicista conservador é, na questão suscitada, muito mais comprehensivel.

Entretanto, não se entenda que eu confiro ao Dr. Braz, na hierarchia dos talentos, um logar ácima do conselheiro Zacarias. Longe de mim semelhante ideia, não porque ella importasse uma grave injustiça, mas porque supporia de minha parte um trabalho de medida e comparação de intelligencias, para o qual confesso que não tenho aptitude.

Julgo os talentos pelos seus productos; e producção por producção, confrontando-se uma com outra, tão futil é a obra do illustre lente da Faculdade do Recife, como a do illustre senador, orador e homem de Estado.

O que descubro de desigual entre elles, não se exprime por um *plus*, mas por um *minus*. O Dr. Braz foi menos disparatado em cercar o seu monarcha absoluto de uma guarda de honra de argumentos sérios e carrancudos, que aliás não deixam de infundir algum respeito, sobretudo pela velhice, do que foi o conselheiro Zacarias em pretender reduzir o imperador ás proporções de uma figura ideial, do idealismo esteril de um espirito prosaico e acanhado, como era, digam lá o que disserem, o estadista liberal.

Mas deixemos emfim de lado esses autores e suas obras. Já é tarefa ingloria combatel-os e refutal-os. A questão do poder moderador, como elles a comprehenderam e trataram de resolver, não tem attractivos, porque falta-lhe o caracter scientifico. Para dar-lhe tal feição é mister tomar outro ponto de vista e dominar mais largo horisonte.

A questão de saber se ha ou não responsabilidade ministerial pelos actos do poder moderador, prende-se logicamente á questão geral da responsabilidade dos ministros nas monarchias constitucionaes.

Como esta porém se chame *politica*, ou *moral*, ou *particular*, ou *constitucional*, se reduz emfim a uma simples responsabilidade *parlamentar*, pois que não tem outro sentido, senão o de collocar os ministros na inteira dependencia do parlamento (10), o resultado é que a nossa questão se converte na seguinte : se temos ou não, se é ou não possivel entre nós um governo parlamentar.

Nestes termos, não sei se o problema é de mais facil solução, porém ao certo se reveste de maior importancia, assume feição historica e torna-se por isso mais digno de ser estudado.

O *parlamentarismo* é o grande desvario, é o *proton pseudos* politico do seculo XIX. Elle apresenta-se com ares de proceder directamente da Inglaterra; mas

---

(10) Bluntschli *Allgmeines Staatsrecht*—II pag. 160.—Lorenz Stein, *Verwaltungslehre*, I pag. 93—Kerkhove. *De la responsabilité des ministres;* pag. 19.—Lagemans, *De leer der ministeriele verantwoordelijkheid.* pog. 311

importa observar que a lingua ingleza não possue essa palavra. O inglez, bem como o americano, só tem para o seu governo o nome de *constitucional government*.

Entretanto, foi um perfeito sentimento da verdade, que motivou a creação da phrase, o sentimento de uma distincção essencial entre a fórma de monarchia limitada, sahida da revolução franceza, que se pretende ter chegado na Belgica á sua mais alta florescencia, isto é, o *constitucionalismo*, por um lado, e por outro lado, a fórma de governo da Inglaterra. (11)

Na litteratura liberal de 1830 a 1848 em França, a antithese não se mostrou tão accentuada, que se fizessem precisas duas expressões; e, ainda em 1834, o admiravel *memorandum* da côrte de Petersburgo, aconselhando precaução diante do constitucionalismo franco-britanico, julgava ambos os systemas essencialmente identicos.

Mas não ha tal identidade. O parlamentarismo é a ultima phase evolutiva do constitucionalismo na Inglaterra, ou antes a fórma ingleza da monarchia constitucional. O parlamentarismo é um producto da historia; o constitucionalismo um producto do entendimento, da faculdade de crear conceitos, que, não tendo base na experiencia, são tão vazios e futeis, como os productos da imaginação. (12)

Os Estados monarchicos modernos, que adoptaram o regimen constitucional, são victimas de uma illusão lastimavel, suppondo-se capazes de pôr em pratica um systema de governo, perfeitamente adaptado á bitóla ingleza.

Conta-se que uma vez la Reveillére-Lepeaux, um dos cinco directores da França em 1797, fallando a Talleyrand sobre a *theo-philantropia* e as fórmas que convinha

---

(11) Bucher—*Der Parlamentarismus wie er ist*—pag. 21.

(12) Foi Kant quem disse: «*Ein Begriff, der eine Synthesis in sich fasst, ist fuer leer zu halten und bezieht sich auf keinen Gegenstand, wenn diese Synthesis nicht zur Erfahrung gehoert...*» O constitucionalismo, como em geral o comprehendem os publicistas liberaes, é uma d'essas syntheses, que não pertencem ao mundo experimental.

dar a este novo culto, « eu não tenho, disse-lhe o astuto politico, não tenho se não uma observação a fazer-vos: Jesus Christo, para fundar a sua religião, foi crucificado, e resuscitou. Devereis praticar outro tanto.»

Eis aqui um caso analogo. Aos Estados, onde grassa morbidamente o *dilettantismo* parlamentar, poder-se-hia tambem dizer: para chegar ao ponto em que a vemos, a Inglaterra houve mister de muitas lutas, e lutas seculares; teve uma longa e dolorosa educação politica, decapitou um rei e derribou uma dynastia. Vós outros, que quereis imital-a, deverieis fazer a mesma cousa.

Mas isto é impossivel. « Cada povo tem a sua historia, e cada historia os seus factores. Tam pouco se encontram duas nações com o mesmo desenvolvimento, como dois individuos com a mesma cara. A identidade da fórma de governo assemelha tanto entre si o destino dos Estados, como poderá por ventura identificar-se a sorte de dois homens pelo unico facto de nascerem no mesmo dia, ou de vestirem panno da mesma peça.

« O que disse Gœthe da historia da sciencia, que era semelhante a uma grande *fuga*, na qual, uma após outra, se faz ouvir a voz dos povos, não se adapta com igual justeza á historia da politica. Alli se comprehende a repetição e continuação do thema commum; aqui porém a cousa é diversa: a um povo não é licito repetir ou imitar, nem a si mesmo, sob pena de cahir no baixo comico, inherente a todas as caricaturas. » (13)

V

Não me considero encarregado de entoar um hymno á Inglaterra por amor do seu governo. Nem os inglezes são para mim o que eram para um padre da igreja na edade média: *Angli, quasi angeli.* Mas não resisto á tentação de relembrar aqui alguns pontos capitaes da

---

(13) *Um discurso em mangas de camisa*, pelo autor; nota G. pag. 35.

historia politica desse paiz, afim de deixar melhor estabelecida a idiosyncrasia do seu regimen, a intransplantabilidade do seu systema governamental. Vejamos pois.

O absolutismo dos tempos normandos tinha dissolvido toda a administração do Estado em um *governement personel*. Guerra, policia e justiça eram administradas por meio de *commissions*. Para as finanças tinha-se formado no *Exchequer* um departamento bureaucratico. Só a egreja pretendia uma certa independencia por sua constituição corporativa e sua jurisdicção separada.

Desde a *Magna Charta* (1215) voltam as fórmas e os principios. O governo régio toma o caracter de um *Permanent Council*, externamente comparavel a um conselho de ministros. Para os negocios mais importantes do Estado forma-se periodicamente um *grande conselho do reino* pela convocação temporaria de prelados e vassallos da corôa.

Com Eduardo I (1277) começa entretanto o reforçamento gradual deste *conselho* por meio dos deputados dos condados e das cidades (*gentz de la commune*), que acabam por constituir uma corporação especial.

Longo tempo a relação dos conselheiros do reino permaneceu vacillante. Concessão de subsidios, legislação, judicatura, voto consultivo nas medidas importantes do governo, são cousas que repousam confusamente, ao lado umas das outras, nos mais antigos parlamentos, mas se dividem e esclarecem no decurso do seculo XIV.

A estructura interior não cessa de progredir. A força crescente dos parlamentos acha porém um contrapezo na força crescente da realeza por meio da Reforma. Ainda até ao fim do seculo XVII, o *Privy Council* é a séde de um governo independente, os ministros são nomeados pelo rei, sem attenção ao pessoal e ás determinações do parlamento. E' então que *Parliament* e *Council* mostram um tal ou qual movimento convulsivo. Por occasião da queda dos Stuarts, o governo ainda está fóra da influencia parlamentar. Isto se torna visivel, sobretudo, nos tres seguintes momentos :

1. O rei nomeia os membros do *Privy Council* como corporação dirigente. Entretanto, no tempo dos Stuarts,

não tomam mais parte na direcção dos negocios todos os conselheiros ; o governo fórma antes um circulo estreito de ministros activos de confiança, sem attender-se a que tenham ou não um lugar em qualquer das camaras.

2. O governo regular do Estado é ainda independente das concessões e apoio do parlamento. Ainda não ha *budget*; nenhuma participação, nenhuma cooperação, nenhum *crontrolle* emfim na applicação dos dinheiros publicos.

3. A administração do Estado em seus detalhes ainda tem um largo campo de movimento livre na esphera dos negocios estrangeiros, da guerra e das finanças, bem como na esphera dos negocios internos e da egreja. A este livre movimento corresponde por outro lado um largo dominio de queixas e accusações parlamentares contra os ministros.

Desde 1688 apparece mudada esta relação fundamental. O grave abuso de todas as prerogativas régias trouxe a queda da casa reinante e a nova dynastia foi installada como uma especie de capitulação. A existencia de um exercito permanente fica na dependencia da concessão annual do parlamento. A applicação dos dinheiros publicos é limitada a titulos determinados por meio de clausulas de apropriação.

Este novo direito de conceder despezas faz o parlamento tomar parte nos detalhes da administração interna. Mais forte porém que outro qualquer facto influe o abalo moral da realeza pela viva recordação da politica dos Stuarts.

Deste modo o governo entra em uma relação de continua dependencia das deliberações parlamentares. Surge d'ahi um dualismo de acção, que, sendo inconciliavel com a unidade do poder supremo, acaba por transmittir o governo ao parlamento mesmo, concentrando toda a actividade politica em um conselho parlamentar de ministros *(cabinet.)*

E' no reinado de Guilherme III que começa a valer como principio a união dos ministros com o parlamento. Todos elles são tirados dos membros da camara alta, e em parte tambem da segunda camara. Guilherme III

ainda reserva para si a direcção pessoal dos negocios estrangeiros, o que aliás não poude ser mantido em razão da incapacidade dos seus successores.

Os vivos esforços de George III, para mudar esta ordem de cousas, vieram n'um tempo, em que a nação já estava muito adiantada no governo de si mesma. Esses esforços tiveram sómente como consequencia robustecer cada vez mais a autoridade do parlamento. Não é mais o querer pessoal do monarcha, mas a vontade geral da grande corporação parlamentar, que exprime a vontade positiva do Estado, com alteração essencial dos tres momentos acima indicados :

1. O rei nomêa os ministros, mas reconhecendo a necessidade de tomar em consideração a sua influencia em ambas as camaras. Esta consideração deixa-lhe apenas o direito de não acceitar algumas pessoas, que por ventura lhe desagradem ; e este *veto* é ainda limitado pelo facto de que a organisação do *gabinete*, a distribuição das pastas ministeriaes, é confiada a um estadista dirigente. Nos ultimos tempos a rainha tem designado sómente a pessoa do *premier*.

2. O governo do Estado em sua acção é dependente, anno por anno, da concessão parlamentar da lei sobre o exercito, do orçamento das despezas e das imposições periodicas. Esta dependencia tem se tornado tão restricta, que já ha um seculo, diante de uma decisiva censura parlamentar, aos ministros só resta de facto um caminho a seguir, ou deixarem os seus lugares, ou por meio de uma dissolução appellarem para o voto da camara dos communs novamente eleita.

3. O movimento do governo está contido dentro de limites cada vez mais estreitos por meio da fixação do direito administrativo em multiplos estatutos do parlamento, por meio da independencia do *governo das provincias*, dos circulos e *communas* para com o *governo ministerial*. (14) Esta fixação é o correctivo contra os abusos dos ministros em sua posição partidaria.

---

(14) As palavras griphadas servem para lembrar a enorme differença do que se dá entre nós.

Desapparece por isso o grande dominio das velhas queixas contra irregularidades administrativas, que se levantavam nas camaras, e conseguintemente tambem a accusação parlamentar dos membros do *gabinete*, com relação á administração interna do paiz, em cuja esphera o governo só entra n'uma medida muito limitada.

A responsabilidade *juridica* dos ministros fica desta arte na retaguarda, tomando a frente a responsabilidade *politica*, isto é, o reconhecimento de que elles, nas suas mais importantes medidas geraes, devem estar em harmonia com o parlamento, sem cujo concurso é praticamente impossivel a direcção dos negocios do Estado.

A chamada responsabilidade politica é sómente uma phrase nova para designar a nova relação, segundo a qual não é mais o *King in council*, mas o *King in parliament*, que dirige o governo da Gran Bretanha. (15)

Esta simples vista geral do mecanismo politico da Inglaterra torna bem patente o caracter autochtone, intransmissivel, inimitavel do seu governo, assim como põe a descoberto a ridicula figura dos rhetoricos do dia, que estão constantemente a appellar par umas pretendidas normas parlamentares, como se fossem outros tantos principios incontroversos, geralmente acceitos e praticados.

E' mister que nos curemos desta mania. Karl Marx diz uma bella verdade, quando affirma que cada periodo historico tem as suas proprias leis... Logo que a vida atravessa um dado periodo evolutivo, logo que passa de um estadio a outro, ella começa tambem a ser dirigida por leis differentes. Os organismos sociaes se distinguem entre si tão profundamente, como os organismos vegetaes e animaes. Um mesmo phenomeno está sujeito a leis inteiramente diversas em consequencia da diversidade de estructora dos organismos, da aberração dos seus orgãos em particular, da differença de condições, emfim, em que elles funccionam... (16)

---

(15) Gneist—*Verwaltung, Justiz und Rechtsweg*, pag. 47.

(16) *Das Kapital*—Drite vermehrts Auflage 1383, pags. XV e XVII.

O organismo social brasileiro não è o organismo social inglez. Esta proposição, que quasi parece uma tôlice por excesso de verdade, não é todavia insignificante para firmar a ideia de que o nosso regimen politico não póde modelar-se pelo regimen britanico.

A intima união actual do parlamento com todo o organismo administrativo é remontavel á formação historica, pela qual o grande conselho dos barões originariamente adquirira uma posição quadrupla: 1° como supremo tribunal de justiça; 2° como assembléa concessôra do imposto; 3° como supremo conselho do reino; 4° como assembléa legislativa.

A posição de tribunal supremo de justiça ficou mais tarde reservada á camara alta. Na segunda posição de concessora do imposto, a camara baixa obteve o predominio. A terceira e quarta funcções ficaram pertencendo conjunctamente a ambas as casas.

Ahi cogita-se tão pouco de uma abstracta separação de poder *legislativo* e *executivo*, que a actividade parlamentar abrange pelo contrario grande numero de negocios que segundo as constituições do continente formam funcções da administração propriamente dita, e até podem consumir a maior parte do trabalho de muita sessão do parlamento.

Que temos nós de analogo a tudo isto? A que precedentes pòde remontar historicamente a nossa assembléa geral? Que representa ella? Que exprime ella? Não é absurdo responder que nada. Quando mesmo a expressão constitucional—*representantes da nação*—não fosse uma *phrase van* do doutrinarismo revolucionario, e a nação brasileira se fizesse realmente representar pela assembléa geral, pois que a nação é um todo variegado em suas opiniões, em seus interesses, em suas tendencias, o resultado seria uma lucta permanente, uma anarchia perpetua ou pelo menos de longuissima duração entre os seus representantes, o que aliás nunca se deu, nem dar-se-ha jamais.

Na Inglaterra, depois de uma praxe quasi bi-secular, os diversos departamentos ministeriaes estão na dependencia das duas casas (*of Lords e Cammoners.*). As

direcções subordinadas ao parlamento, no que toca á legislação, ás finanças e á politica estrangeira, introduziram nas altas regiões administrativas uma certa vicissitude, correspondente ás relações da maioria parlamentar; vicissitude, que entretanto se limita aos lugares de chefes departamentaes, sub-secretarios *politicos* e outras funcções semelhantes, ao todo, 34 logares; e ainda mesmo addicionando cargos de côrte e mais alguns empregos secundarios, póde chegar, quando muito, a 60 demissões.

Confronte-se agora este *minimum* de mudança operada pela alternação do poder entre *torys* e *wigs* com a que se dá entre nós por occasião de assumir o governo qualquer dos partidos dominantes.

Com um exercito de funccionarios de todos os tamanhos, que sobe a mais de 50,000, cinco vezes maior que o seu exercito armado, o Brasil está sujeito, como nenhum outro Estado, ás mutações repentinas de seu pessoal administrativo. Nada porém é menos adequado á indole do governo parlamentar, não como o delinêa a phantasia dos tolos, mas como o dá a conhecer a historia do paiz, onde elle se originou.

Em ultima instancia: a questão do parlamentarismo, para servir-me dos termos da escola, não é uma questão de direito constitucional, mas de direito administrativo. Só um estudo comparado do direito administrativo inglez e brasileiro póde esclarecer a consciencia politica dos *oradores liberaes* e gerar a convicção de que entre nós é de todo impossivel um governo parlamentar.

VI

Não supponha-se, entretanto, que o apparato governamental da Inglaterra é isempto de vicios e defeitos, que o tornam em mais de um ponto pouco digno de ser admirado. São profundas é verdade as raizes que o sustentam no terreno da historia; mas isto não impede que tambem concorram para mantel-o a corrupção e a immoralidade.

« A Inglaterra não cahirá jamais, disse Lord Burleigh, se não cahir pelo seu parlamento. » O que faz a força, faz tambem a sua fraqueza. Nem ha Estado, ao qual se applique a these de Strauss: *a monarchia é um mysterio*, com tanta propriedade, como a Gran-Bretanha.

Com effeito: se é difficil explicar a existencia das outras monarchias, que aliás empregam visivelmente todos os meios possiveis e impossiveis para se conservar, muito maior é a difficuldade que offerece o phenomeno da monarchia ingleza, com o seu *nada fazer* em prol de si mesma, *deixando-se ir* á mercê da corrente, que de manso a conduz, mas póde tambem de repente abrir-se para submergil-a.

A isto accresce a consagração de alguns costumes, pouco adequados ao senso moral da humanidade culta, que em outros paizes não são de certo impossiveis, mas não formam, como alli, um dos mais fortes apoios do governo.

Dest'arte a Inglaterra do seculo XVIII, quando mais brilhante se mostrou o seu parlamento, foi o paiz classico da *patronage* e da *connexion*. No fundo da vida dos seus partidos repousavam intuições sociaes, de caracter especial, que nem se pódem repellir como de todo immoraes, nem tambem transplantar do seu terreno natal: as ideias de uma sociedade aristocratica, onde era por si mesmo comprehensivel que todo Bedford, Temple, ou Granville, tinha nascido para a funcção de legislador.

As intuições partidarias da velha Inglaterra ainda não foram tão eloquentemente pintadas, como no escripto juvenil de Burke: *Pensamentos sobre as causas do desgosto actual* (1770). O escripto, dirigido contra o governo pessoal de George III, demonstra perfeitamente como a liberdade da nação só póde ser protegida diante do despotismo por duas grandes fortalezas: pelo poder que resulta do favor popular, e pelo que se funda sobre as relações pessoaes e de familia dos estadistas entre si (*power arising from connexion*). (17).

(17) Treitschke — *Historische und politische Aufsaetze* III, pag. 460.

Este modo de pensar não nos é totalmente estranho. A afilhadagem e o parentesco tambem representam um grande papel na vida politica do Brasil. Mas a ideia de crear um governo forte sobre a base da *connexão* parlamentar ainda não veio ao espirito, nem mesmo dos mais cynicos de nossos homens d'Estado.

Já se vê que não é sómente o lado bom, mas tambem o lado mau do governo inglez, igualmente indispensavel para a conservação e harmonia do todo, que não póde ser transmittido a outro qualquer paiz.

Mas não é isto que nos importa ; nem convèm gastar mais tempo em inuteis confrontos da historia politica da Inglaterra com a nossa propria historia. O ponto a liquidar, uma vez por todas, é a impossibilidade de um verdadeiro regimen parlamentar entre nós.

Já sabemos o que é, e em que consiste o parlamentarismo inglez, como elle actualmente se offerece á observação dos publicistas. O governo é alli, no rigoroso sentido da palavra, um governo de partido, a maiora parlamentar um partido de governo, que se reune na sala das sessões por detraz dos seus chefes, os ministros, ao passo que os adversarios tomam assento nos bancos fronteiros, no caracter de *muito obediente opposição de Sua Magestade.*

Como a rainha só tem uma influencia secundaria sobre a escolha dos ministros, tambem lhe fica sómente uma parte de actividade muito limitada sobre a marcha da legislação e as medidas administrativas. Ella deve deixar os ministros governarem a seu bel-prazer, pois que não tem a força de demittil-os, quando bem lhe pareça, e de pôr outros em seu lugar. (18).

De continuação ou demissão do ministerio só se trata regularmente por occasião de novas eleições geraes, isto é, de sete em sete annos. Na época intermedia o ministerio só póde cahir, se a propria maioria enfastia-se

---

(18) Entre nós são ainda tão inceitas as ideias a tal respeito, que liberaes parlamentaristas não têm duvidado formar commissões, para pedir ao imperador ou á regente a demissão de ministerios. Lastimavel incoherencia!

delle, ou se delle se destacam partes que vão engrossar a opposição. Se em qualquer dos casos apparece a possibilidade de que o eleitorado ponha-se do lado do ministerio, a rainha lhe concede, conforme as circumstancias, a dissolução da camara dos communs e o appello aos eleitores.

Tudo isto é muito simples e em quasi todos os pontos apparentemente analogo ao que se dá na nossa e nas outras monarchias constitucionaes, que se esforçam por copiar o modélo inglez.

Mas é sómente apparencia exterior. No intimo do systema as divergencias são innumeras.

Não deixa de causar uma certa admiração que os sectarios do parlamentarismo, ha tanto tempo, nunca tivessem querido traduzir a sua theoria na linguagem da jurisprudencia. O principio fixar-se-hia juridicamente com a maior simplicidade possivel. Bastaria para isso um artigo constitucional, pouco mais ou menos nestes termos: «Os ministros devem-se demittir, logo que a camara dos deputados apresentar contra elles um voto de desconfiança.» E ainda um segundo artigo complementar: «O ministro, que fôr bastante obstinado para continuar a exercer as suas funcções, a despeito desta censura, será demittido dellas pelo supremo tribunal judiciario, mediante queixa da referida camara.»

Com um pequeno processo seria então a exigencia parlamentar, como outra qualquer exigencia de direito, promptamente realisada, sem incommodos para o paiz. Se a legislação ingleza possuisse uma lei igual, não ha duvida que tambem encontrar-se-hiam cópias della nas constituições do continente; mas nem uma, nem outras encerram semelhante disposição. (19)

O defeito é commum, mas a desculpa não é a mesma. A Inglaterra que luctou durante seculos e acabou por submetter a realeza á disciplina do seu parlamento, na falta de *Common Law* ou de *Statute Law*, que determinem a demissão dos seus ministros, appella para a sua

(19) Tudichum—*Preussische Jahrbuecher*—Sieben undvierzigster Band—pag. 548.

historia, para os seus costumes feitos e consagrados. Não assim porém os outros paizes, como o nosso, onde o parlamentarismo, se não antes a sua caricatura, é de data bem recente, e por conseguinte as chamadas *normas e praticas* parlamentares, que são constantemente invocadas, ainda se acham em via de formação, ou ainda constituem objecto de controversia.

Mas dir-se-ha que essas *normas* não são as proprias do paiz, que não as tem, porém as *normas* da Inglaterra. Não ha maior contrasenso. O regimen inglez será neste caso uma especie de *fonte subsidiaria*, a que devamos recorrer para supprir as lacunas da nossa constituição... Mas... valha-nos Deus! Que preceito constitucional ou mesmo legal nos impoz a obrigação de haurirmos nessa *fonte*? Absolutamente nenhum.

O parlamentarismo pois, onde quer que se ensaie fóra do seu proprio terreno, além de ser uma aberração historica, é ainda uma aberração logica; repousa sobre um falso presupposto; é uma perenne *petição de principio*, visto que dá como provado e admittido justamente aquillo que se questiona.

Um traço differencial bem caracteristico. Na Inglaterra, desde o *Bill of Rights*, a conservação de um exercito permanente em tempo de paz é considerada como uma illegalidade. O parlamento concede annualmente á corôa uma dispensa deste preceito legal por meio do *Mutiny Act*; de modo que, se no fim do anno a concessão não é renovada, não existe mais laço de obediencia militar entre rei, official e soldado; estes ultimos devem logo abandonar o exercito, se não querem ser tidos em conta de revoltosos.

Mesmo assim o temor de uma força armada permanente não desappareceu de todo, e a nobreza poude conseguir que por meio de uma ordem régia de 1711 os postos, desde cornêta até primeiro lugar tenente, fossem declarados objectos de compra, e como taes reservados para as classes poderosas.

Alem disto, a *nobility* e a *gentry* acham-se na posse da força militar na milicia dos condados e nos corpos de voluntarios; duas lastimaveis organisações, sem duvida,

mas, segundo a opinião ingleza, por si sós sufficientes para em caso de necessidade, como *exercito do parlamento*, oppôr barreira ao exercito régio.

Posto que desde a guerra da Criméa de 1855 a impopolaridade da força armada tenha diminuido, todavia ella ainda se conserva e conservar-se-ha perfeitamente viva, pela simples rasão de que, na mente do inglez, *soldado* e *assalariado*, que se tira das mais baixas e miseras classes da sociedade, são conceitos equivalentes.

A theoria ingleza da perniciosidade da soldadesca foi posta em circulação por Montesquieu desde o meado do seculo XVIII. Mas veio a revolução franceza, e começaram então as experiencias para fazer do exercito permanente, que aliás não póde ser dispensado por nenhum Estado continental, uma instituição conciliavel com a liberdade politica.

As nações que posteriormente acceitaram os principios da revolução, acceitaram tambem as ideias francezas sobre o exercito, assim como a creação da *guarda nacional*, que em parte nenhuma ainda deu resultados satisfactorios, a não ser o muito sangue, que em 48 e 71 se derramou em Paris.

Porém note-se agora a grande differença. A impopularidade do soldado na Inglaterra é uma verdade pratica, ao passo que na França é uma simples theoria, senão antes uma *phrase* frivola da rhetorica liberal. A prova está em que, na opinião dos francezes mesmos, a palavra —*gloire*—é a primeira do seu diccionario; e essa gloria só têm origem militar.

Nos outros Estados, com poucas excepções, dá-se quasi a mesma cousa. Bem ao em vez de ser impopular, a militança é uma das mais honrosas e almejadas profissões. No Brasil, por exemplo, a despeito mesmo do § 11 do art. 15 da constituição, que confere á assembléa geral a prerogativa de fixar annualmente as forças de mar e terra, a ideia da possibilidade de serem uma vez negadas essas forças, e os proprios generaes vêrem-se obrigados a pendurar as suas espadas, não apparece nem se quer em sonho; e a carreira militar é certamente a mais segura.

A consciencia desta verdade tem podido suscitar entre os soldados um espirito de classe que não se encontra em outra parte; espirito, que já teria perturbado a nossa ordem publica, se em geral os brasileiros não tivessem uma propensão natural para epilogar comicamente, até as cousas mais tragicas deste mundo, porém que em todo caso é uma constante ameaça contra a liberdade politica.

Mas isto será compativel com o regimen parlamentar? E' mistér muita coragem para affirma-lo. O parlamentarismo sempre suppõe lucta pacifica, ainda existente ou já decidida, entre a corôa e os representantes da nação. Real ou ficticia, essa lucta se dá tambem entre nós. Acontecendo por ventura que a corôa quizesse concentrar em si todos os poderes do Estado e annullar a constituição, qual seria a divisa do exercito: parlamentar ou imperial?

Ha bons motivos de crêr qne pôr-se-hia do lado do imperador. E com rasão. Mas este não seria o maior mal. O grande perigo estaria em que o exercito, depois de abraçar a causa do despotismo, talvez cedesse á ambição da *dictadura*; e o paiz não teria força para contel-o (20)

(20) Quanto é incompativel com o governo parlamentar, que se pretende ser o verdadeiro governo livre, a existencia de uma classe poderosa, que dispõe da força, cheia de justas e injustas pretensões, prova-o de sobra a celebre questão, ultimamente agitada na côrte, que se decorou com o titulo de *questão militar*. O governo, desrespeitado por officiaes superiores, que presidiam ás reuniões tumultuosas e ameaçavam a cada instante tomar a frente dos amotinados, e, como dizem alguns com certo prazer estupido, prender os ministros e derrubar o ministerio, viu-se obrigado a uma especie de capitulação affrontosa, não sómente para o partido governante, mas para a nação inteira.

Ha quem pense que *parlamentarmente*, á vista do occorrido, o ministerio deveria ter-se retirado. Não opino assim. Que se retirasse por outro qualquer motivo, não contesto: mas *parlamentarmente*, não; pois n'um legitimo governo parlamentar essas cousas nunca se deram, nem se dão em tempo algum.

Entretanto, merece notar-se que a *questão militar* podia ter deixado no espirito dos estadistas, que nella tomaram parte, uma ideia bem aproveitavel, a qual infelizmente passou despercebida. E' que os militares activos, ainda de patente superior, não podem ser senadores nem deputados; esta funcção confere-lhes um privilegio de fôro inharmonisavel com a disciplina do exercito.

Ainda uma particularidade, que vem trazer nova luz á these que sustento. Refiro-me á questão da interpellação parlamentar. E' um dos pontos, em que o parlamento brasileiro, bem como o de alguns Estados da Europa, mais se distancia do prototypo britanico.

Realmente na Inglaterra as interpellações não são feitas por um modo tão rude, como em outros corpos legislativos, ainda que ellas se limitem a questões de facto e sua resposta. Além disto, alli ha sempre occasião de discutir objectos de interesse, assumptos do dia, que não se prestam a *moções* sem sujeital-os a fórma estreita da interpellação. (21)

No Brasil, pelo contrario, a interpellação constitue o fundo da vida parlamentar. O deputado opposicionista, que não interpella o ministerio quarenta vezes por sessão até sobre cousas futeis, com que o parlamento nada tem que ver, não faz bonita figura.

E se é ridiculo o papel dos interpellantes, que estão convencidos da sua missão providencial, quando chamam a contas o presidente do conselho por causa do mau procedimento de qualquer subdelegado da aldeia, não é menos comica a attitude dos interpellados, que tomam ao sério, que julgam-se obrigados a responder, virgula por virgula, á importuna estolidez dos augustos tagarellas.

E' a maior doença do parlamentarismo patrio, que corrompe e esterilisa toda a nossa vida politica. A felicidade do Brasil quasi que está na unica dependencia da extincção desse vicio.

Póde-se dizer, sem hyperbole, que o nosso problema em materia do governo não é *constitucional*, nem mesmo *legal*, mas simplesmente *regimental*. Todas as reformas, que figuram no programma dos partidos, poderiam reduzir-se a uma só : a reforma do regimento interno da camara dos deputados e do senado.

Não é uma ideia estranha. Na propria Inglaterra chegou-se a reconhecer a necessidade de uma reforma semelhante, tomando-se medidas, como diz Erskine May,

---

(21) Oppenhein—*Denisches Staatswoerterbuch,* VII, pag. 713.

para salvar a dignidade do parlamento, e arredar um mal politico muito sério.

Mas no Brasil não haveria mister de uma proposta como a de Sir Stafford Northcote em 1880, ou a de Gladstone em 1882 para cohibir as *obstrucções* e outros abusos parlamentares. (22) Bastaria sómente diminuir o tempo da *verbiage*. Desde que o deputado ou senador, para expôr as suas ideias sobre qualquer assumpto, não tivesse mais de meia hora, estava terminado o espectaculo theatral dos discursos festivos, em que os *tenores* parlamentares só se esforçam por dar o *dó* de peito e merecer o applauso das galerias.

Dir-se-ha talvez que isto repugna á indole do parlamento, que é, segundo a propria palavra o indica, uma instituição para se fallar. Não ha duvida ; mas parece que o desenvolvimento historico desse instituto já chegou ao ponto de, quasi por uma derivação semelhante á de *lucus a non lucendo*, o melhor dos parlamentos ser justamente aquelle em que pouco se falle. Pelo menos, fóra da Inglaterra, é este o ideial, cuja realisação traria os mais preciosos proventos.

Convençamo-nos emfim : ha exemplos de grandes oradores parlamentares, que foram ao mesmo tempo grandes estadistas ; mas esta não é a regra.

Que o predicado do *fluxo de palavras*, diz Julio Frœbel, quer a serviço do governo, quer a serviço da opposição, seja uma prova de alto talento politico, é cousa que se oppõe á alliança normal das propriedades do caracter humano em um individuo.

No orador parlamentar tambem assenta o que, segundo a autoridade do doutor Fausto, é applicavel ao

---

(22) *Obstrucção*, segundo define Gladstone mesmo, é o esforço que faz uma minoria, ou alguns membros isolados, para resistirem á vontade predominante da casa por outros meios que não rasões e argumentos. Diante desta definição é facil de ver que as *obstrucções* no nosso parlamento não são phenomenos excepcionaes, porém factos muito communs. Cada deputado é um *obstructor*, pois que nos discursos de todos elles os argumentos e rasões só brilham pela ausencia.

orador sagrado, e tanto de um, como de outro, póde-se dizer :

Such' er den redlichen Gewinn!
Sei er kein schellenlauter Thor!
Es traegt Verstand und rechter Sinn
Mit wenig Kunst sich selber vor.

Em um dos seus escriptos politicos narra Emile Olivier que uma vez estando no parlamento ao lado de um amigo e correligionario, quiz retirar-se, mas este lhe pedio que se demorasse um pouco mais. « Oh ! demora-te, disse elle, nunca fallei na minha vida tão bonito, como hoje. »

O que se deve pensar, pergunta Frœbel, do estado politico de uma nação, na qual um dito de tal natureza não é tido por uma prova de loucura ?

E o que pensaria de nós outros brasileiros o illustre publicista allemão, pergunto eu por minha vez, se chegasse a observar que os nossos oradores parlamentares são todos da tempera do amigo de Olivier ? Julgaria por certo que somos uma nação de arlequins ; e o seu juizo não seria erroneo.

XVIIII

Ideia do Direito.

Senhores doutores,

O discurso, que nesta occasião me incumbe proferir, tem traçada nos *Estatutos* a formula do seu preparo.

E' um discurso congratulatorio, uma cousa muito simples, até onde póde chegar a simplicidade de uma combinação binaria de estereotypos prolfaças pelo resultado feliz dos vossos esforços, e de velhas considerações, já difficeis de classificar em uma ordem de ideias sérias, sobre a importancia do grau, que acabaes de receber, e o uso que na sociedade deveis fazer das vossas letras.

Como vêdes, é uma questão de *ritual*, e eu tenho obrigação de cingir-me a elle.

Não seria pois de estranhar que me limitasse a dizer: eu vos felicito, senhores doutores; a importancia do grau, que vos foi conferido, medi-a pela magnitude dos esforços, que elle vos custou, e o uso que tendes a fazer das vossas letras, determinae-o vós mesmos, segundo os impetos do vosso talento e as inspirações do vosso caracter.

Não seria de estranhar, que a isto me limitasse, e désse então por findo o meu discurso. Nem haveria rasão para se me accusar de esterilmente conciso, por excesso de respeito a uma disposição de lei.

Mas, senhores doutores, eu creio que na propria mente do legislador nunca reposou semelhante ideia, a ideia singular de serem todos aquelles, que se acham encarregados da honrosa missão que hoje me cabe, sempre condemnados a entoar o mesmo hymno, a recitar o mesmo epithalamio, por esta especie de *noivado scientifico*, como diria um romantico de antiga data, em uma palavra, condemnados a repetir em *estylo de brinde*, as mesmas phrases consagradas, para accentuar a importancia de um facto,

que todo mundo sabe qual seja.

Não, senhores doutores, não foi, nem podia ser este o intuito do legislador.

Eu o creio firmemente.

E, d'accordo com esta crença, arrastado pelo espirito da época, em nome das novas ideias, que voam de outros mundos, e, bom grado ou mau grado nosso, hão de encontrar agasalho em nossas cabeças, julgo tambem aqui dever exercer uma funcção superior ao modesto papel ecclesiastico de um *mestre de ceremonias*.

A occasião é solemne, sim; mas justamente por isso ella abre caminho a alguma cousa de menos vulgar do que uma felicitação, a alguma cousa de mais elevado mesmo do que o grau que recebestes; é a defesa da sciencia que professamos, e em que acabaes de ser doutorados, a defesa que lhe devemos, em relação ao juizo desfavoravel que della actualmente se forma, em relação aos ataques, de que ella é alvo, sem excluir todavia a confissão dos seus defeitos e a critica dos seus desvios.

Na presente conjunctura, bem quer me parecer que nenhum assumpto melhor se prestaria a formar o conteúdo da minha allocução, nem eu poderia achar um modo mais apropriado de congratular-me comvosco.

Se porém estou enganado, antecipo-me em pedir desculpa do que possa o meu discurso conter, não por certo de anomalo e inconveniente, mas por ventura de excentrico e inadequado ás circumstancias do momento.

Entretanto, permitti-me uma ligeira observação.

Ainda hoje, senhores doutores, nas bibliothecas de velhos claustros encontram-se palimpsestos, onde se vê, por cima, desenhada a historia de um thaumaturgo, a historia de um santo miraculoso, que morreu de penitencia e maceração, ao passo que, por baixo, sorriem serenos os bellos versos da *Ars amandi* de Ovidio; onde apparece, na parte superior, um breviario, cheio de melancolia, repleto de adoração, e, na parte inferior, uma comedia aristophanica; em cima, depara-se-nos o orgão, que acompanha o *de profundis*, e logo em baixo o bello Anacreonte, seduzindo lindas moças; em cima,

traçam-se as regras da grande arte de torturar hereges, e em baixo um velho pagão explica o capitulo do amor platonico.... Ora pois, senhores doutores:—seria acaso para censurar que minhas palavras produzissem uma impressão semelhante?

E' um discurso de *duas vistas*, se assim posso dizer, um palimpsesto, se quizerem: por um lado o cumprimento exacto de um sacro programma de festa, mas tambem, por outro lado, alguma cousa de mais profano, que fica fóra do horisonte de uma solemnidade academica; por um lado, a face calma de um espirito submisso, que por amor da ordem, por amor da disciplina, não duvidaria curvar-se para reconhecer e confessar de joelhos a immobilidade da terra, ou o progresso dos nossos estudos, mas tambem, por outro lado, a feição turbulenta de um rebelde intransigente, que não hesita em proferir o seu *eppure se muove*—e dizer ao mundo inteiro: nós estamos atrasados.

Não vos espanteis; comecemos pelo principio.

Nos dias que atravessamos, a esta hora do nosso desenvolvimento, quem como vós, senhores doutores, mesmo á custa de trabalho e sacrificio, é graduado em sciencias juridicas e sociaes, vê-se assaltado, como Dante em frente da lôba, por uma questão sombria e importuna.

E' a seguinte: existe realmente, temos nós realmente um grupo de sciencias de tal natureza? Em face do avanço immenso que levam todos os outros ramos de conhecimentos humanos, não sôa como uma ironia fallar de uma sciencia juridica, fallar de uma sciencia social, quando nem uma nem outra estão no caso de satisfazer as exigencias de um verdadeiro systema scientifico? A questão é séria, senhores doutores, e tão séria, que a mesma consciencia, a mais lucida consciencia do proprio merecimento, deixa-se absorver e apagar pelo sentimento da dubiedade do titulo que se recebe.

Não ha negal-o, isto é um facto incontestavel.

Mas onde buscar a causa desse facto? Qual o motivo da estreiteza e acanhamento de vistas, que ainda se nota na intuição do direito, no modo de comprehendel-o e aprecial-o? Qual a rasão, em summa, por que a sciencia

do direito corre o risco de ser classificada no meio dos expedientes grosseiros, de tornar-se uma sciencia puramente nominal, que póde dar o pão, porém não dá honra a ninguem, ou, como diz H. Post, uma irman da theologia que se limita a folhear o *Corpus juris*, como esta folhêa a *Biblia*? Existe ao certo uma rasão; essa rasão vem de mais alto. Nós vamos vel-a.

Ha no espirito scientifico, senhores doutores, uma tendencia irresistivel para despir os phenomenos, o que vale dizer, para despir o mundo inteiro, que é um grande phenomeno collectivo, daquella roupagem poetica em que a imaginação costuma involvel-os.

Assim ao antigo grego que ouvia gemer a dryade dos bosques, quando uma arvore tombava, a natureza devia mostrar-se incomparavelmente mas cheia de poesia do que ao homem de hoje, que trata de cultivar e conservar as florestas, segundo as leis da economia florestal e os principios da dendrologia.

E ainda que se possa lastimar, a muitos respeitos, a *despòetisação* dos phenomenos naturaes, por meio da sciencia, com tudo não se deve esquecer que o dominio do homem sobre a mesma naturesa só se tem reforçado e engrandecido na proporção, em que elle tambem tem cessado de olhar para ella com os olhos de poeta.

Bem póde muitas vezes o indagador sentir até confranger-se-lhe o coração, quando se vê obrigado a destruir bellas illusões e contribuir com as suas ruinas para uma mais clara intuição do mundo.

Neste trabalho elle póde mesmo chegar ao ponto de arrepender-se da sua tarefa, quando applica os seus processos ao mais soberbo e grandioso espectaculo que a naturesa desenrola aos nossos olhos, o espectaculo do cèo da noite, carregado de estrellas scintillantes, pois que a sciencia não tem mêdo de roubar ao proprio céo a sua poesia, e reduzir a pasmosa bellesa do universo á cega mecanica das forças naturaes.

Mas não é licito reagir contra essa tendencia que é caracteristica do espirito scientifico, em cuja frente caminham a devastação e a morte.

Aqui está, senhores doutores, o segredo do facto que lastimamos.

Quando o homem da sciencia actual cessou de afagar mais de uma illusão de antigos tempos; quando o homem da sciencia actual cessou de olhar com olhos de poeta para muita cousa do céo, e para muita cousa da terra; quando elle já não se demora nem mesmo, por exemplo, em contemplar a belleza da lua, diante da qual, com seus fulgores e seus desmaios elle sente-se tentado a dizer: deixa-te de *coquettices*, eu te conheço, *carcassa*, e aos requebros e langores da estrella matutina, é bem capaz de redarguir sizudo: nem tanto, como pareces, pois que ficas preta, pequenina, insignificante, passando pelo disco do sol; em uma palavra, quando o homem da sciencia actual só piza em terreno firme, e todavia póde viver, como diz Tyndall, no meio de ideias, em presença das quaes desapparece a phantasia de Milton, o homem do direito, o homem da sciencia juridica parece que não sabe disso.

Tudo quebrou o primitivo involucro poetico; só o direito não quer sahir da sua casca mythologica.

A despeito de todas as conquistas da observação, a despeito de todos os desmentidos, que a experiencia tem dado a velhas hypotheses e conjecturas phantasticas, para a sciencia juridica é como se nada existisse.

A concepção do direito, como entidade metaphysica, *sub specie æterni*, anterior e superior á formação das sociedades, contemporaneo, por tanto, dos *mammouths* e *megatherios*, quando aliás a verdade é que elle não vem de tão longe, e que a historia do fogo, a historia dos vasos culinarios, a historia da ceramica em geral, é muito mais antiga do que a historia do direito; essa concepção retrograda, que não pertence ao nosso tempo, continúa a entorpecer-nos e esterilisar-nos.

Ahi está, senhores doutores, o segredo do descredito em que cahiu a sciencia que cultivamos.

E' preciso levar a convicção ao animo dos opiniaticos.

Não se crava o ferro no amago do madeiro com uma só pancada de martello.

E' mister bater cem vezes,e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céo, é simplesmente um phenomeno historico, um producto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco*, a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a propria força.

Eu bem sei, senhores doutores, quanto esta doutrina fere os ouvidos pouco habituados a tal ordem de ideias.

Mas o que difficulta a sua comprehensão é justamente a mesma circumstancia que torna difficil, *exempli gratia*, comprehender o pensamento como attributo material, como funcção do cerebro. Quando se falla em materia, em vez de pensar-se nas suas altas phenomenisações, em vez de pensar-se, por exemplo, na materia de que o sol é feito, na materia de que é feito um lindo cravo, um rubro e fresco labio feminino, pensa-se ao contrario... n'um pedaço de pedra bruta, ou mesmo na lama, que se tem debaixo dos pés e realmente não é possivel que a intelligencia resida em semelhantes cousas.

Da mesma fórma quando se falla em *força*, em vez de pensar-se no conceito capital de todas as sciencias, na ideia *genitrix* de toda a philosophia, pensa-se... n'uma *força de policia*, ás ordens de um delegado, cercando egrejas para fazer eleições; e então... quem póde admittir que o direito seja isso?... Ora!... E' preciso que nos elevemos um pouco mais acima.

Assim como, de todos os modos possiveis de abreviar o caminho entre dous pontos dados, a linha recta é o melhor; assim como, de todos os modos imaginaveis de um corpo gyrar em torno de outro corpo, o circulo é o mais regular; assim tambem, de todos os modos possiveis de coexistencia humana, o direito é o melhor modo.

Tal é a concepção que está de accôrdo com a intuição monistica do mundo. Perante a consciencia moderna, o direito é um *modus vivendi*; é a pacificação do antagonismo das forças sociaes, da mesma fórma que, perante o telescopio moderno, os systemas planetarios são tratados de paz entre as estrellas.

Senhores doutores, na sua concisa e bella carta em resposta a que lhe dirigira o corpo docente desta Faculdade, o Professor Holtzendorff nos disse que, se bem comprehendeu o seu amigo Bluntschli, este tivera em mente alguma cousa, que elle podia designar pelo nome do *Cosmos* do direito e da moral.

Magnifica expressão!

Ha realmente um *Cosmos* do direito; mas este, não menos do que o *Cosmos* physico, é um producto da lei do *fieri*, da lei do desenvolvimento continuo; e assim como no mundo material é presumivel que exista apenas uma pequena parte, em que a materia já chegou ao seu estado de equilibrio, assim tambem no *Cosmos* do direito só ha uma parte diminuta, em que as forças se acham equilibradas, e não têm mais necesidade de luctar.

Olhada por este lado, apreciada deste ponto de vista, a sciencia do direito remoça e torna-se digna das nossas meditações.

Nem estas ideias são de todo estranhas.

A concepção monistica do direito já existia esboçada no pensamento de Vico.

Não é que eu opine como o *chauvinista* italiano, professor Bertrando Spaventa, para quem Vico é *il vero precursore de tutta l'Allemagna*, mesmo porque poderia succeder que os allemães me provassem que tres quartos da riqueza de Vico provieram de Leibnitz; mas é certo que no autor da *scienza nuova*, que aliás já em muitos pontos se tornou *scienza vecchia*, houve como uma prefiguração do jurista moderno, do jurista, como elle deve ser, indagador e philosopho, capaz de utilisar-se de tudo que serve a sua causa, desde as observações astronomicas de um barão du Prel até ás minudencias naturalisticas de um Charles Darwin.

E' sobre isto, senhores doutores, que ouso de preferencia chamar a vossa attenção.

Convençamo-nos da necessidade de tomar outros caminhos. Para isto é mister *estudar*, como para isto tambem é mister *ensinar*... Novo systema de estudos, novo systema de ensino.

Ernesto Renan disse uma vez que, pelos vicios do ensino superior, a França corria o perigo de tornar-se um *povo de redactores*, e quasi ao mesmo tempo Mark Pattison, chefe do partido reformista de Oxford, lastimava por sua vez que as Universidades da Inglaterra parecessem só querer produzir *escriptores de artigos de fundo*.

Pois bem; é bom que confessemos: pelo systema que nos rege, nós não corremos risco, nem de uma, nem de outra cousa, porém de cousa peior: é de tornarmonos um povo de *advogados*, um povo de *chicanistas*, de *fazedores de petição*, sem sciencia, sem ideial, pois que nos cabe em maior escala o que Rocco di Zerbi disse da sua Italia: *L'idealismo non ha presa in questo paese di avvocati.*

E aqui, senhores doutores, não posso obstar a invasão da reminiscencia do seguinte *passus* historico.

Era no anno de 1559. Occupava a cadeira pontifical o terrivel velho, como diz um chronista da época, *tutto nervo con poca carne*, o celebre e genial Paulo IV. No dia 1º de Janeiro, tivera lugar em Roma, na casa de Andréa Lanfranchi, secretario do duque de Pagliano, uma esplendida cêa, em que tomaram parte, além de outras notabilidades do tempo, o Cardeal Innozenzo del Monte, que fôra creado de Julio III, e o cardeal Carlo Caraffa, sobrinho do pontifice.

Este ultimo commensal, que se apresentára na cêa cingido de espada, vestido de cavalleiro, travára ahi mesmo uma lucta sangrenta, por motivos de ciume, provocado pela bella romana, madonna Martuccia, com o fidalgo napoletano, Marcello Capece. O facto causára escandalo, e tinha chegado até aos ouvidos do papa. Cinco dias depois, Paulo IV, appareceu na sessão da Inquisição, ainda mais terrivel que de costume, e em longo, tempestuoso discurso, profligou os abusos da egreja, mas sem pronunciar o nome de seu sobrinho !....

Ao cardeal del Monte, elle ameaçou de arrancar-lhe o barrete vermelho, e concluio, bradando uma e mais vezes, perante a assembléa attonita e silenciosa: reforma ! reforma ! Santo Padre, respondeu-lhe afouta

e allusivamente o cardeal Pacheco, reforma, sim, mas a reforma deve começar por nós mesmos.

E' assim, senhores doutores !.... E' assim que quando ouço repetir, como se repete a cada instante, que o ensino academico está de todo transviado, porque de todo tambem está perdida a faculdade de estudar, e que portanto é urgente, é urgentissima uma reforma radical, eu me lembro do cardeal Pacheco, e tenho vontade de responder com elle : reforma, sim, Santo Padre, mas nós somos os primeiros a tratar de reformar-nos; somos os primeiros que devemos munir-nos de abnegação e de coragem, tanto quanto havemos mistér de coragem e abnegação, para despirmo-nos das nossas bécas, mofadas de theorias caducas, e tomarmos trajo novo. Releva dizer á sciencia velha : retira-te; e á sciencia nova : entre, môça. Darwinista ou kæckeliana, pouco nos importa, o que queremos é a verdade. As faculdades não são sómente estabelecimentos de instrucção, mas ainda e principalmente, como diz Henrique von Sybel, verdadeiros laboratorios, officinas de sciencia. E' preciso tambem pensar por nossa conta. Eis ahi tudo.

Agora vós, senhores doutores, ao concluir, acceitae um conselho de amigo. Não adormeçaes sobre os louros, mas trabalhae, continuae a trabalhar e trabalhar sómente na direcção do futuro.

Quanto a vós, especialmente a vós, Sr. Dr. Hermenegildo, vós que por meio de escriptos, que são outros tantos actos, outras tantas affirmações do vosso bello talento, já tendes dado prova de pertencerdes á grande familia dos trabalhadores valentes ; vós que ainda tão moço já tivestes occasião de haurir o calice amargo da injustiça dos homens, deveis estar satisfeito: o vosso merito foi reconhecido. Tratae agora só de elevar-vos e engrandecer-vos mais e mais, para que assim possaes melhor comprehender os homens e melhor perdoar-lhes as suas fraquezas. Nada mais. Sêde felizes. (1)

---

(1) Discurso pronunciado n'uma collação do grão em 1883. (N. de S. R.)

XIX

Lição de abertura do curso de economia politica na Faculdade de direito do Recife

Meus senhores,

Sinto-me acanhado diante de vós, que, entre tantos predicados, possuis o merecimento da generosidade, nunca desmentida.

E não começo por dizer-vol-o, para pretender um attributo, que me não cabe, para fingir uma humildade que não tenho. E' simplesmente a paga de um tributo, e eu não gosto de ser tributario senão da magestade do merito.

Entretanto, aqui estou para cumprir o meu dever.

Antes, porém, de assumir a minha posição de professor, obrigado pela lei a ensinar uma materia, que faz parte da systematica do curso desta Faculdade, importa definir a minha posição de homem que pensa em relação a uma disciplina, sobre cujo caracter scientifico ha rasão para suscitarem-se duvidas bem sérias.

Com effeito, meus senhores, se a economia politica vale alguma cousa no concerto das sciencias; se ella tem, por hypothese, um caracter, uma feição scientifica; é indubitavel que ella se prende ao grupo das sciencias sociaes, que ella é uma das partes da chamada *sociologia*.

Mas eu permaneço firme na minha velha convicção: essa palavra não tem sentido.

O estudo dos phenomenos sociaes, considerados em sua totalidade e reduzidos á unidade logica de uma systematização scientifica, daria em resultado uma monstruosa panthosophia, que é incompativel com as forças do espirito humano. Se nem mesmo como sciencia descriptiva, que aliás, na opinião de Haeckel, é uma *contraditio in adjecto*, a sciencia social não é constructivel, pois que

não pódem ser observados e por isso não poder ser descriptos todos os phenomenos da sociedade, porque rasão sel-o-hia como sciencia de principios, como sciencia de leis, que têm de ser induzidas da observação completa dos factos a estudar?

Emquanto pois, assim como a velha astrologia dos Apollonios de Thyane, dos magos da Caldéa passou a zer a astronomia dos Copernicos, dos Galileus, do Keplers, a nova sociologia de Comte, Spencer e outros sociologos e magos do occidente não passar a ser *socionomia* de sabios, estou firme na minha convicção: a *sociologia é uma phrase.*

E isto parece tanto mais incontestavel, quanto é certo que nem mesmo nos achamos no periodo *sociologico*, mas ainda no periodo *sociolatrico.* Ora uma sociolatria, ainda mesmo que tenha por objecto a adoração de grandes homens, é inconciliavel com uma sciencia social, qual quer que seja o gráu do seu desenvolvimento. Desde que conhecemos, por exemplo, a natureza, a orbita e a marcha dos comêtas, não ha mais lugar de comtemplal-os com terror. Se é conhecida a lei que determina a formação dos genios para que engrandecel-os e deifical-os? Não ha maior contradicção.

A sociolatria encarrega-se de matar a sociologia.

Porém releva notar: não é só por este lado, não è só como ramo da arvore sociologica que a economia politica me parece carecer de autorisação scientifica. Era bem possivel que a sociologia não existisse, não podesse mesmo existir, e todavia a economia politica, segregada do todo, pela limitação do seu objecto, pela diminuição do circulo de suas observações, constituisse uma verdadeira sciencia. Mas ainda isto não se dá; e é facil proval-o.

Ludwig Noiré, o philosopho monista da Allemanha, diz que a Kinetica e a Esthetica, isto è, a sciencia do movimento e a sciencia do sentimento, hão de fundar como principios supremos a dupla divisão da sciencia do futuro.

Acceitemos esta idéa, que é fecunda. A economia, se é uma sciencia, pertence ao grupo da Kinetica; ella se occupa de um dos movimentos do corpo social; mas os movimentos de qualquer organismo vivo são outras

tantas funcções; logo a economia é uma sciencia que trata de certas funcções do organismo da sociedade. Qual é agora, pergunta-se, qual é a lei, quaes são as leis, por ella descobertas, segundo as quaes, sem mais duvida alguma, essas funcções se exercitam? Qual a funcção dos diversos factores do movimento economico, e quaes são esses factores? A' semelhança dos philosophos antigos na época dos sete sabios, dos quaes uns iam procurar no *fogo* e outros na *agua* a origem de todas as cousas, os economistas se inclinam, ora para o capital, ora para o trabalho, como principio genetico do Cosmos economico. E ainda a esta hora não se sabe qual seja a verdadeira funcção do trabalho, qual a verdadeira funcção do capital... Pelo menos é certo que todo suor cahido da fronte pensante dos Bastiat e quejandos economistas anões, na phrase de Karl Marx, só tem chegado para descobrir que o trabalho é uma mercadoria e o capital um privilegio.

Grande descoberta, que seria muito ridicula, se não fosse muito funesta!...

Eu não quero hyperdiabolisar o diabo, nem fazer a economia politica mais lacunosa do que ella é. Julgando assim, nestas poucas palavras, definida a minha posição de espirito independente no exercicio da critica sobre uma materia, que promette mais do que dá, que tem fructos de cobre com casca de ouro, creio comtudo poder conciliar esta attitude com a missão do professor. A economia politica, se não é uma sciencia no rigoroso sentido da palavra, é, todavia, um estudo, uma occupação intellectual, de que é possivel tirar alguma vantagem. O suisso J. Honegger, fallando da economia, diz que poderosos problemas, hoje apenas presentidos como taes, restam á joven sciencia para resolver, e aquillo que ella hoje sabe e conhece, é sómente uma *diminuta fracção* daquillo que fórma o seu problema final.

Sirva-nos ao menos essa consideração de amparo e consolo. Entremos mais de perto na materia.

A primeira these do programma reune sob um só conceito, o conceito da *força*, a totalidade dos phenomenos da natureza e da sociedade. Que os phenomenos da

natureza têm causas, e que estas causas são outras tantas forças, é uma verdade vulgar, e não é crivel que a critica feita ao programma se estenda até a este ponto, pois que para defendê-lo, bastaria invocar o testemunho de todos os que se occupam de sciencias naturaes e perguntar-lhes como é que elles chamam as causas determinantes dos phenomenos, que constituem o objecto das suas indagações.

Forças chimicas, forças physicas, forças naturaes em geral, são expressões corriqueiras, que estão ao alcance do senso commum; que já não dão motivo de objecção a nenhum espirito sério. O que importa aqui averiguar, é se, assim como os phenomenos da natureza se reunem sob o conceito da força, o mesmo succede com os phenomenos da sociedade, ou, em outros termos, se, assim como fallamos de forças naturaes, tambem podemos fallar de forças sociaes. Ora, é facil de vêr que a comparação é justa; nem é preciso ser materialista, para affirma-lo.

Dado mesmo que o espirito seja uma realidade e o espiritualismo uma verdade, a ideia da força não fica por isso excluida. Na opinião dos proprios espiritualistas, o o espirito é uma força. E se não é, que vem a ser então? Dirão que é uma *substancia*. Vá que seja; mas hão de concordar que é uma substancia *activa*; essa mesma *actividade* é o que se chama força.

Ainda mesmo que os phenomenos sociaes só se explicassem pela vontade livre dos homens, esta vontade livre que produz effeitos, todos os effeitos constitutivos da vida social, é uma causa e, como tal, é uma força. Sobre isto não ha duvida.

Resta saber se a economia politica, na ordem dos factos que lhe são attinentes, faz realmente entrar, como diz o programma, o seu estudo na categoria da força. Nada mais simples do que isto.

Com effeito, se a economia politica se occupa do phenomeno social da *riquesa*, e se a riquesa se produz por meio de factores diversos, entre os quaes figuram principalmente o capital, o trabalho e os agentes naturaes,— desde que estes tres factores são irreductiveis entre si, qual será a ideia geral, o conceito, que possa ser commum

a todos, se não o conceito da força? Agentes naturaes são *forças* naturaes; trabalho é actividade humana, e esta, por sua vez, é uma *força*; capital é trabalho accumulado, por conseguinte, *força* accumulada. Já se vê que o conceito da *força* tambem figura nos dominios da economia politica.

Quando o programma disse que a economia se occupa de uma funcção da vida social, ou melhor da vida nacional, o que elle teve em mira, foi arredar a ideia de uma sociedade abstracta, de uma sociedade ideial, como é a sociedade humana, e concentrar as vistas sobre as sociedades reaes que, até hoje pelo menos, são as nações. O que o programma chama funcção da vida nacional é o phenomeno da producção da riqueza, sem a qual nenhuma nação póde existir, da mesma fórma que nenhum individuo póde viver sem se nutrir. Se é concebivel a mendicidade individual não o é a mendicidade nacional.

Na expressão:—*leis ou generalisações, a que ella chega*, o programma quiz mostrar que a economia politica não tem leis, no sentido rigoroso, no sentido naturalistico da palavra lei. Assim, por exemplo, muitos economistas proclamam o principio da livre concurrencia. Será isto uma lei? Tanto não é, que admitte proclamar-se, como outros proclamam, o principio opposto. As leis não admittem excepções; as generalisações são simples regras, que podem falhar na applicação; e neste caso se acham as proposições geraes da economia politica.

Muitos dos chamados principios economicos estão sujeitos, dentro de um mesmo tempo, á relatividade de lugar, e dentro do mesmo logar, á relatividade do tempo. O que é hoje economicamente verdadeiro para a Inglaterra, não o é de todo para o Brasil; o que convinha, por exemplo, a Pernambuco no seculo passado, não convém hoje pelo mesmo modo. Tudo isto quer dizer que não se trata de *leis*, mas de meras generalisações..... (1)

---

(1) Esta lição de abertura de curso de economia politica na Faculdade de Direito do Recife achava-se em simples notas e em estado de desalinho entre os papeis do autor. Vae reproduzida, nas condições em que foi encontrada, porque, mesmo assim, não deixa de ser bem interessante. (Nota de S. R.)

XX

Encore un Pèlerin (*)

M. José Soriano de Souza, professeur de philosophie et docteur en médecine, est un esprit infatigable dans son auguste mission de propagande religieuse.

Il est vrai, cela va de soi-même, que tous ses efforts n'ont abouti à aucun résultat tant soit peu considérable, si ce n'est que le souverain pontife lui ait donné la bénédiction paternelle, chaque fois que notre écrivain, qui tient du saint et du bœuf de l'ange de l'école, nous a fait entendre et admirer son mugissement philosophique. Mais le savant auteur d'une douzaine de livres, qu'on ne lit que pour rire, ne s'endort pas sur ses lauriers et est toujours en veine de bonheur.

C'est donc précisément dans cette ardeur du combat pour la cause de Dieu, que M. Soriano vient d'augmenter d'un nouvel ouvrage la bibliothèque des sots. Après un grand laps de temps consacré à la méditation silencieuse il lui prit une fantaisie de baiser pour la treizième fois la mule du pape, en écrivant un gros volume de philosophie du droit, bien entendu, la philosophie, comme il la mâchonne, et le droit, comme il l'ignore.

Bien que le but de l'auteur n'ait été que de venir en aide aux écoliers ou, comme il s'exprime lui même, d'être utile à ses jeunes compatriotes, qui suivent des cours à la faculté de droit, toutefois son livre, qui n'ajoute à la gloire littéraire de personne, pas même d'un séminariste, est loin de faciliter l'instruction de qui que ce soit qui ait l'héroïsme de le lire. Et tant s'en faut qu'il soit capable d'instruire, car la lecture en est au contraire d'un effet anaphrodisiaque, à en juger par le

---

(*) *Elementos de Philosophia do direito* — pelo Dr. José Soriano de Souza.

témoignage de tous les badauds, qui ont vidé la grande bouteille de persil d'âne, préparée par notre illustre médecin. Ces remarques, cependant ne retirent pas son mérite à l'ouvrage de M. Soriano. Loin de là: si l'on veut prendre la peine de sauter les 673 paragraphes, dont il se compose, d'en combler les lacunes, et d'oublier la forme du livre, pour ne s'attacher qu'au fond, qui est du reste presque nul, on tirera grand profit de l'étude de ce volume monstrueux, et l'on trouvera surtout des éclaircissements très précieux sur le côté nocturne de la nature humaine, dont M. Soriano reflète avec la plus exacte fidélité les faiblesses et les bévues.

Non pas que notre docteur n'ait eu ça et lá des moments heureux, qui trahissent l'enfant du siècle et le frère de jurisconsultes célèbres, les plus célèbres du quartier de l'évêque. Il sait un peu plus que son pain manger. Mais il est de ceux qui vivent près de l'église et loin de Dieu, qui font du manteau de la religion une espèce de cache-nez pour se défendre contre les outrages de l'atmosphère sociale, et qui ne s'énivrent du nectar d'un baiser de jeune fille qu'à cause du sceau divin de ses lèvres, et parce qu'elle est fraiche et rose devant le Seigneur... *coram Domino.* Il est de ceux, pour qui tout ici bas, même la chair d'une belle femme, palpitant sous la dent d'un révérend père, a son côté religieux. C'est à peine si *l'obscure clarté*, qui jaillit du livre de M. Soriano nous laisse voir, non pas un général, mais un simple soldat de l'armèe de Loyola. Les idées de l'honorable *simia philosophus* et *magister palatii* du siège épiscopal pernambucain, n'ont d'autre empreinte que celle du doigt des jésuites. Si c'est sous la dictée de Taparelli, ou de Liberatore, ou de Tolomei, ou de tous ensemble, qu'il nous débite sa pauvre philosophie, je ne m'en étonne pas, et qui plus est, je le trouve très naturel; ce sont là les auteurs que M. Soriano lit pour s'édifier, et dont il s'assimile les sottises avec une facilité, qui sent la machine. Car notre écrivain n'est pas un animal autopode, ou, si l'on veut, un esprit autocéphale; il ne marche que par la main d'autrui, il ne pense que par emprunt ou par commission d'en haut, c'est-à-dire de

l'église, c'est-à-dire du pape et de Dieu, son voisin. Il faut donc que je le déclare et que je le déclare suivant mon habitude, bien qu'avec un peu de modération *propter barbam*: M. Soriano est la dupe de son miroir, qui lui donne une demi-idée de sa mauvaise figure. J'ai beau me creuser la tête, il n'y a pas moyen de saisir la raison pour laquelle M. Soriano attache tant d'importance aux drogues des *boutiques prétines*, qu'il achète pour revendre, dans la ferme persuasion de contribuer de la sorte au salut des âmes.

Peut être ma critique vient elle de ce que le commun des hommes déprécie ce qu'il ne peut comprendre ; et je fais partie du commun des hommes, aussi bien que je ne comprends pas M. Soriano. Quant à sa déplorable nullité philosophique, nous la verrons peutêtre un jour .

APPENDICE

Contendo diversos programmas apresentados pelo autor

Á

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

II

Programma de Philosophia do Direito

1. Ideias propedeuticas. Posição do homem em a natureza.

2. Lei geral do movimento e desenvolvimento de todos os seres.

3. A sociedade é a categoria do homem, como o espaço é a categoria dos corpos.

4. Impossibilidade de uma sociologia, como sciencia comprehensiva de todos os phenomenos da ordem social.

5. O direito é um producto da cultura humana. Conceito do direito.

6. O direito como ideia e sentimento; psychologia do direito. O direito como força; physiologia e morphologia do direito.

7. Sciencia do direito; definição e divisão.

8. Como se deve comprehender a theoria de um direito natural, que não é a mesma cousa que uma lei natural do direito.

9. Escolas do direito. Todas ellas hoje reductiveis a tres intuições precipuas: — philosophica, historica e naturalistica.

10. Antitheses inherentes á ideia do direito.

11. Direito e moral. Sua distincção.

12. O imperativo categorico não é de todo cabivel no dominio do direito.

13. O direito é uma funcção da vida nacional. Porque não da vida social?

14. A theoria naturalistica dos orgãos rudimentares applicada á esphera juridica.

15. Darwinismo no direito. Rudolph von Ihering.

16. Theoria das alavancas da mecanica social. O direito é uma dellas.

17. Direitos pessoaes e reaes. Propulsivos e compulsivos.

18. Primeira fórma de organisação social, — a familia. Sua constituição, seu desenvolvimento historico.

19. Morphologia da sociedade conjugal. A monogamia é a fórma absoluta do casamento. Indissolubilidade do matrimonio.

20. Relações oriundas da familia: poder marital, patrio poder, parentesco.

21. Das cousas consideradas como instrumentos technicos e instrumentos juridicos da actividade humana.

22. Theoria da propriedade. Applicações e consequencias. Caracter social da propriedade.

23. Propriedade intellectual. Dupla face deste direito : real e pessoal.

24. Lei natural da hereditariedade. Suas fórmas. A familia e a herança. A successão.

25. A consciencia genealogica é um elemento essencial da consciencia humana. Direitos e deveres inherentes á herança.

26. A fórma mais geral de direitos compulsivos é o contracto. Classificação dos contractos.

27. A força obrigatoria dos contractos. Conceito da obrigação. Seu fundamento.

28. Objecto da obrigação. Theoria do interesse. Conceito da culpa.

29. Especies de obrigações. Da condição e do termo.

30. Dos modos porque se extinguem as obrigações.

III

Programma de Direito Publico Universal

1. Transição do chamado direito natural ao direito publico.

2. Conceito e definição do direito publico.

3. Elle é uma parte da politica, tomada em seu sentido mais elevado.

4. Elle tem por objecto o estudo das condições staticas e dynamicas do Estado.

5. Conceito do Estado. Impossibilidade de um Estado universal.

6. Os Estados são forças culturaes dotadas de vocações historicas particulares.

7. Opiniões divergentes: Bluntschli, Harttmann, Fröbel.

8. O Estado não é um meio technico, mas um alvo moral. Esta verdade é o fundamento de toda a politica.

9. A posição finalistica do Estado no organismo moral da humanidade é determinada pela soberania.

10. O Estado é um ser moral, para cuja vida e acções, no sentido pratico, não existe fóra d'elle ou acima d'elle legislador nem juiz.

11. Primeiras condições existenciaes do Estado, territorio e população.

12. Territorialidade absoluta de toda communhão politica.

13. Estado, nação, povo, horda. Paiz, dominio do Estado e territorio.

14. População. Numero de habitantes e relação de habitabilidade. Composição qualificativa da população.

15. Estado e sociedade. Concepções do ponto de vista do liberalismo, do socialismo, da democracia e da aristocracia.

16. O povo e a sociedade. Theorias das escolas philosophicas. Vida publica e vida privada. A sociedade existe por meio do Estado.

17. O organismo social e a mania democratica da liberdade, igualdade e fraternidade. Idéas contradictorias.

18. Estado e governo não são synonimos. Fórmas de governo.

19. Conceito do chefe do Estado. Monarchia e Republica.

A questão de fórma de governo é mais uma questão de esthetica do que de ethica politica.

20. Governo representativo. Representação constitucional. Constituição.

21. Constitucionalismo, parlamentarismo. Differença entre governo constitucional e governo parlamentar.

22. Organisação do Estado. Conceito do poder publico. Genese dos poderes.

23. Poderes politicos e direitos politicos. Definições. Critica de Rossi.

24. Theoria da divisão dos poderes, — um producto do romantismo constitucional, praticamente esteril.

25. O poder legislativo. Seus orgãos e funcções. Melhor modo de sua composição.

26. O poder executivo. Sua organisação. Orgãos indispensaveis e defeitos organicos.

27. O poder judiciario. Modo de formação. Idéa da magistratura. Perpetuidade e inamovibilidade.

28. Como e quando a nação elegente póde tambem entrar na categoria dos poderes. Critica da theoria de Sylvestre Pinheiro.

29. A eleição. Direito eleitoral. Systemas diversos de eleição. Qualidades e defeitos de todos elles.

30. O individuo e o Estado. Até onde é admissivel uma dupla categoria de direitos pertencentes a um e outro.

31. A questão dos limites do poder publico. Guilherme de Humboldt, Stuart Mill e Spencer.

32. O Estado é ao mesmo tempo um producto, um orgão e uma força de cultura; como tal, tem problemas culturaes. Questão do ensino. Questão da religião.

33. Autoridade e liberdade. Centralisação e descentralisação. A provincia e o provincialismo. O municipio e o municipalismo.

IIII

Programma de Economia Politica

1. Objecto da economia politica. Como um ramo da sciencia social, ella ainda participa das incertezas e vacillações do tronco a que pertence.

Necessidade de bem delimitar o seu objecto e separar o *momento* economico propriamente dito, dos *momentos* ethico, politico, religioso e outros que difficultam as questões solvendas. Distincção entre a parte critica e a parte dogmatica da sciencia.

2. A idéa de força é o conceito mais vasto que serve para designar a causa de todos os phenomenos da natureza e da sociedade. A economia politica, estudando uma ordem de phenomenos sociaes, faz tambem entrar o objecto do seu estudo na categoria da força Ella se occupa de uma funcção da vida social, ou melhor, da vida nacional. Relatividade das suas leis, ou das generalisações a que ella chega.

3. Divisão da economia politica. Dos factores da producção. O ponto central da sciencia economica é o conceito do trabalho. Só o trabalho é propriamente productivo. Condições da sua productividade. Da divisão do trabalho e seu correlativo. Agentes naturaes. Capital.

4. A producção considerada em si mesma, limitada ao acto de produzir, que não se distingue do acto de trabalhar, é um phenomeno individual, ao passo que a riqueza é um phenomeno social. Importancia d'esta distincção. Dos chamados productos immateriaes. O que se deve entender por producção capitalistica. Formula geral do capital. Da hyperproducção e das crises.

5. Da circulação como processo ulterior que converte a producção em riqueza. Da troca como fórma unica a que são reductiveis todas as fórmas do movimento economico. Igualdade e diversidade de funcção. O que é valor. Triplo aspecto do valor individual, social e ideal. Atê onde este ultimo póde ser economicamente apreciado.

6. Theoria do preço. O que é moeda e quaes os seus caracteres. A moeda não é uma mercadoria, pois que não satisfaz directa e immediatamente nenhuma necessidade humana. Theoria da equivalencia. O destino da moeda. Se as suas funcções podem ser completamente subrogadas.

7. Do papel moeda. Suas vantagens e seus limites. Das notas de banco. Das especies de bancos. Do credito. Sua significação economica. Elle deve ser uma forma autonoma e circulatoria do valor, que funcciona como o dinheiro. O meio para chegar-se a este *desideratum*. Do commercio. Elle envolve muito mais do que a simples mecanica do transporte.

8. A riqueza como producto de factores diversos deve ser distribuida por esses factores.

Qual o modo mais regular dessa distribuição. A repartição da riqueza não é phenomeno que se abandone á acção unica da lei da coincidencia dos alvos na actividade economica. Necessidade de maior penetração do direito nesse dominio. Comprehensão e realisação que deve ter na economia politica, o principio evangelico: — *mercenarius dignus est mercede sua*. Idéas geraes sobre a população e os seus subordinados logicos.

9. Conceito e especificação do consumo. Sua significação economica. Tendencia, preparativos e meios para limital-o. Principios directores do modo de julgar o consumo, que serve á producção. Do consumo improductivo. Medida de sua razão de ser. Suas relações com a producção. Consumos extraordinarios e a maneira de cobril-os, particularmente no Estado.

10. Das despezas do Estado. Como se determina a sua extensão. Se ha tambem no Estado distincção a fazer entre despezas productivas e improductivas. Regras fundamentaes que devem vigorar a respeito das despezas de côrte nas monarchias e da alta representação do poder nas republicas. Necessidade e limites da chamada lista civil. Receita do Estado.

Fontes mecanicas e organicas. Vista geral da sciencia financeira.

IV

Programma de Theoria e Pratica do Processo

PRIMEIRA PARTE

Historia do Processo

1. Origem do processo civil. Suas relações com o respectivo direito.

2. O processo civil entre os romanos. Diversas phases do seu desenvolvimento.

3. O processo civil na idade média. A parte dos germanos na renovação do direito processual.

4. Intuição romanica e intuição germanica da lucta judiciaria. Qual das duas prevaleceu; e como chegaram a fundir-se.

5. Influencia do terceiro elemento da cultura medieval,—o christianismo,—não só sobre o direito material, como tambem sobre o direito formal.

6. Renascimento da sciencia pratica do direito no seculo XII. A escola dos glossadores e seus successores: como nasceu, floresceu e decahiu.

7. Litteratura processual dos seculos XII e XIII. Legistas e canonistas.

8. Litteratura processual dos seculos XIV e XV Evolução historica do processo até ao fim do seculo XVIII.

9. O velho processo civil portuguez. Sua filiação na historia do processo civil europeu.

10. O processo civil brasileiro. Suas fontes; suas lacunas; necessidade de ser reformado e em que direcção.

SEGUNDA PARTE

Theoria e Critica do Processo Civil

11. Principios fundamentaes da theoria do processo. Da origem da palavra processo. Diversos sentidos em que ella é comprehendida.

12. Do objecto do processo civil ; sua extensão e seus limites.

13. Das fórmas do processo: escripta e oral. Dos sujeitos do processo ou pessoas que nelle figuram. Critica da velha divisão de pessoas principaes e accessorias, incabivel no processo de representação obrigada das partes.

14. Do juiz como orgão da justiça. Suas funcções e seus predicados. Processualmente elle nunca é uma pessoa physica, mas sempre uma pessoa moral, qualquer que seja a instancia em que funccione.

15. Da organisação judiciaria em geral. Ella se acha em intima relação com o direito constitucional do respectivo paiz, e é de origem preponderantemente germanica e moderna. A organisação judiciaria no Brasil. Singularidade e collegialidade.

16. Da jurisdicção e do imperio; até onde ainda hoje prevalece o ponto de vista romano em relação a estas duas manifestações do poder publico.

17. Da competencia. Competencia real e competencia local. Modo de regular uma e outra. Dos chamados conflictos de jurisdicção, que são outras tantas luctas pela competencia.

18. Das partes litigantes. Seus requisitos :— Capacidade processual, *jus postulandi* ; legitimação da causa. Do litisconsorcio.

19. Da acção. Se todo o direito é accionavel. Critica da divisão classica das acções *in rem aut in personam*. Das acções prejudiciaes.

20. Do verdadeiro criterio de distincção entre as acções reaes e pessoaes. Das chamadas acções mixtas. Se ha algum interesse pratico na nomenclatura das acções e se é possivel sujeital-as a uma simplificação.

21. Apreciação critica da *arbor actionum* de Joannes Bassianus. O numero das *actiones prætoriæ*; o das *actiones civiles*. Se aquellas são hoje de todo imprestaveis; se estas permanecem as mesmas no estado actual do processo.

22. Theoria dos interdictos. Sua divisão, sua origem, sua historia. Sua degenerescencia actual em relação ao primitivo typo romano.

23. Diversas especies de processos :—ordinario e extraordinario. Sub-especies deste ultimo.

24. Da marcha processual ordinaria. Da conciliação. Casos em que é dispensavel. Da citação inicial ou *in jus vocatio*. Se ella póde considerar-se uma especie de *interpellatio* no sentido juridico romano.

25. Do libello. Seu desenvolvimento historico. Se o libello ainda é hoje uma necessidade, ou simplesmente um remedio inutil de velhos tempos.

26. Dos outros momentos do processo ordinario. Dos incidentes da acção. Das excepções; sua divisão em materiaes e fórmaes.

27. Da intervenção. Seus effeitos juridicos. Diversas classes de interventores. Especialmente: da *nominatio auctoris*.

28. Da marcha do processo summario; suas diversas fórmas. Fontes romanas. *Cognoscere summatim*, e *sine scriptis cognosci*.

29. Da sentença: sua divisão em definitiva e interlocutoria. Dos recursos, embargos, aggravo, appellação e revista. Critica da technologia barbara dos dous primeiros, e do modo pratico de empregal-os.

30. Da prova. Seu objecto. A quem pertence dal-a. Explicação do principio regulador: *asserenti imcumbit probatio*.

31. Divisões da prova. Natural e artificial, ou directa e indirecta. Rapida e demorada, ou liquida e illiquida. Completa e incompleta. Ordinaria e extraordinaria. Antecipada e posterior.

32. Da execução da sentença. Dos diversos momentos da execução. Dos recursos que lhe são cabiveis.

33. Das nullidades do processo. Meios de remedial-as, e até onde chegam esses meios. Critica da maneira usual de apreciar as nullidades.

TERCEIRA PARTE

Do Processo Criminal

34. Diversos systemas processuaes. Systema inquisitorio. Systema accusatorio. Inconvenientes proprios de cada um d'elles. Systema mixto.

35. Do inquerito policial. Da queixa e denuncia. Indicação das fontes legaes attinentes á formação da culpa.

36. A promotoria publica no organismo dos funccionarios do Estado. Sua posição no processo.

37. Se as funcções accusatorias devem constituir monopolio do Estado, ou se são justas e indispensaveis a queixa e denuncia subsidiarias.

Qual a tendencia dos Estados modernos, inclusive o Brasil: se para o monopolio, ou para manter a accusação complementar.

38. Da ordem do processo nos crimes de funcção ou chamados crimes de responsabilidade. Nos crimes communs. Nos crimes policiaes.

39. Da fiança: provisoria e definitiva. Dos crimes inafiançaveis. Effeitos da inafiançabilidade sobre a fórma do processo.

40. Da prova e suas especies em materia criminal. Apreciação de cada uma.

41. Do processo perante o jury. Da accusação e da defesa. Do julgamento. Effeitos da unanimidade da decisão dos jurados.

42. Dos recursos em geral. Do recurso propriamente dito: necessario e voluntario. Da appellação. Do protesto para novo julgamento. Da revista.

QUARTA PARTE

Hermeneutica Juridica

43. Origem da hermeneutica. Se é um verdadeiro ramo de conhecimento, ou simplesmente um producto do espirito rhetorico de gregos e romanos.

44. Theoria da interpretação. Interpretação *ex mente legis*. Dita *ex verbo*. Dita *ex voluntate*.

45. Da analogia como meio de interpretação. Se é admissivel no direito criminal a interpretação analogica.

46. Critica do pretendido axioma juridico-penal: *Benigna amplianda, odiosa restringenda*. Como elle deve ser comprehendido e limitado.

Estudos de Direito (edição fac-similar), de Tobias Barreto, foi impresso em papel vergê areia $85g/m^2$, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em março de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro* – Série *Direito Penal* (Volume 5).

Coleção

Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA
Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT
Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA
Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e loucos em Direito Criminal